

**SPORT ALS ARBEIT
KONSEQUENZEN AUS ARBEITSRECHT-
LICHER SICHT UNTER EINBEZIEHUNG
DER GRUNDRECHTE**

Franz-Joachim Poschenrieder

1977



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555625_0018

SPORT ALS ARBEIT -
KONSEQUENZEN AUS ARBEITSRECHTLICHER SICHT
UNTER EINBEZIEHUNG DER GRUNDRECHTE

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München



vorgelegt von

Franz-Joachim Poschenrieder

1977

Referent: Professor Dr. Steindorff

Korreferent: Professor Dr. Rother

Tag der mündlichen Prüfung:

15. Dezember 1977



G L I E D E R U N G

	Seite
A) Einleitung - Gegenstand der Arbeit	1
B) <u>1. Kapitel: Sport - Arbeit - Spiel</u>	5
I. Die geschichtliche Entwicklung des Berufssports	5
II. Die Situation im deutschen Bundesligafußball	7
III. Trennung der Bereiche Sport und Arbeit	9
1) Die Anwendung des Arbeitsrechts setzt Arbeitnehmereigenschaft voraus	9
2) Der Begriff des Arbeitnehmers	10
a) Eingliederungstheorie	10
b) Vertragstheorie	10
c) Sondermeinung - Fremdnützigkeit	11
3) Die einzelnen Begriffsmerkmale - Begriff der Arbeit	15
4) Sport als Gegensatz zur Arbeit?	18
a) Ursprung des Begriffs "Sport"	19
b) Wesen, Ziel und Zweck	19
c) Sport und Spiel	20
5) Sport und Arbeit - Relevanz einer Differenzierung	24
a) Die Amateurregel	25
b) Sport als Arbeit	27
c) Der Status des Vertragsspielers als Ausgangsbasis	30
d) Die bisher üblichen Abgrenzungskriterien und ihre Auswertung	34
aa) spielerische Momente	34
bb) berufsmäßige Ausübung	35
cc) vertragliche Bindung	35
dd) Zweckverfolgung	36
ee) materielle Vorteile	36
ff) Auswertung	37
6) Breiten-, Spitzen-, Berufssport	38
a) 1. Gruppe: reine Amateure	39
b) 2. Gruppe: anerkannte Berufssportler	40
c) 3. Gruppe: bezahlte Hochleistungssportler mit Amateurstatus	41
7) Gleichbehandlung der Fallgruppen 2 u. 3	44

	Seite
IV. Sport als Arbeit	
1) Der anerkannte Berufssport	46
2) Die idealistische Amateurregel	48
3) strukturelle Affinität von Arbeit und Sport	48
4) Kritik in der Literatur	51
5) Stellungnahme und eigene Begründung	52
V. Das entscheidende Merkmal der Arbeitnehmereigenschaft	
1) zweigliedriger Arbeitnehmerbegriff der Eingliederungstheorie	56
2) dreigliedriger Arbeitnehmerbegriff der Vertragstheorie	56
3) Stellungnahme	57
VI. Verpflichtung zur sportlichen Tätigkeit	
1) anerkannter Berufssport - Bindung und Pflichten	58
2) Sport im Verein - Bindung und Pflichten	62
3) Sonderstellung der Spitzensportler im Verein	66
4) faktische Rechtspflicht zur sportlichen Leistung	67
5) Dienstvertrag - Werkvertrag	71
VII. Leistungserbringung im Dienste eines anderen	
1) Abhängigkeit	72
2) Eingliederung	73
3) Stellungnahme	74
C) <u>2. Kapitel:</u> Die persönliche Abhängigkeit	77
I. Kennzeichen	77

II.	Rechtsprechung und Literatur zur Frage, wann ein Sportler seine Leistung in abhängiger Stellung erbringt	
1)	Steuerrecht	80
2)	Sozialrecht	82
3)	Auswertung	83
III.	Rechtsprechung zur Abhängigkeit freier Mitarbeiter	85
IV.	rechtliche Würdigung	
1)	für den anerkannten Berufssport	88
2)	für den bezahlten Hochleistungs- sport mit Amateurstatus	90
a)	Eishockey	90
b)	Skisport	95
c)	Tennis	100
d)	Tischtennis	104
e)	Handball	104
f)	Leichtathletik	108

D) 3. Kapitel: Grundbegriffe des Arbeitsrechts

I.	Arbeitgeber - Betrieb - Unternehmen	111
II.	Betriebsverfassungsrecht	117
III.	Tarifvertragsrecht	123

E) 4. Kapitel: Das konkrete Arbeitsverhältnis eines bezahlten Sportlers

I.	Pflichten des Arbeitnehmers	124
1)	Besonderheiten gegenüber dem "normalen" Arbeitsverhältnis	124
a)	Pflicht zur Höchstleistung	124
b)	Lohnabzug bei schlechter Leistung	125
c)	Ausnützen gegnerischer Schwächen	126
2)	Art und Umfang der Arbeit	127
3)	Die Arbeitszeit	131
a)	Feiertagsschutz	132
b)	Arbeitszeitordnung	136

4) Die Treuepflicht	137
5) Das Direktionsrecht des Arbeitgebers	140
a) innerbetrieblich	141
b) außerbetrieblich	143
6) Rechtsschutzmöglichkeiten für den Arbeitgeber zur Durchsetzung der Arbeitnehmerpflichten	144

II. Pflichten des Arbeitgebers

1) Die Vergütungspflicht	148
a) Akkordlohn	148
b) Zeitlohn	148
c) Prämienlohn	148
d) Ehrengaben	150
e) Handgelder	151
f) Entschädigungen	152
g) Gratifikationen	152
h) Altersruhegeld	152
2) Pfändungsschutz	152
3) Die Lohnfortzahlung	153
a) bei Krankheit oder Unzumutbarkeit	154
b) bei Spielverbot	158
4) Die Beschäftigungspflicht	160
5) Die Fürsorgepflicht	162

III. Die Anwendung allgemeiner arbeitsrechtlicher Prinzipien

1) Haftung - gefahrgeneigte Arbeit	167
2) Anspruch auf Urlaub	175
3) Betriebsstörungen	178
a) Die Lehre vom Betriebsrisiko - "Sphärentheorie"	178
b) Modifizierung durch neue BAG-Rechtsprechung	179
c) Betriebsstörungen bei Sportarbeit	180
d) Abgrenzung zur Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage	182
e) auflösende Bedingung	183
f) Grund zur außerordentlichen Beendigung?	184
4) Betriebliche Bußen und Strafen unter Beachtung ihrer rechtlichen Überprüfbarkeit	185
rechtliche Grundlage und Abgrenzung zur Vertragsstrafe	186

a) vom Arbeitgeberverein verhängte Bußen	188
b) vom Verband verhängte Strafen	192
c) gerichtliche Überprüfung der Sanktionen	196
aa) bei Betriebsbußen	196
bb) bei Vereinsstrafen	197
cc) bei Vertragsstrafen	199
d) der ordentliche Rechtsweg und die Einrede des Schiedsvertrages	202
5) Werbung und Persönlichkeitsrecht	203
a) bei vertraglicher Abrede	203
b) ohne vertragliche Abrede	205
aa) Trikotwerbung	206
bb) Fernsehrechte und § 23 Kunsturhebergesetz	209
cc) sonstige Verwertung der persönlichen Popularität	211
6) Leiharbeitsverhältnis	215
a) echtes und unechtes	215
b) "Ausleihe" an Sportverbände	216
c) "Ausleihe" an andere Vereine	218
7) Beendigung des Arbeitsverhältnisses - Kündigungsschutz	220
a) zeitliche Bindung	221
b) Kettenarbeitsverträge	223
c) Optionsvertrag	223
d) auflösende Bedingungen	224
8) Arbeitslosenversicherung	226

F) <u>5. Kapitel: Verfassungsrechtliche Probleme</u> infolge Eingliederung in eine Sportorganisation	228
I. Allgemeines	228
II. Drittwirkung der Grundrechte	230
III. Artikel 9 Grundgesetz	233
1) kollektive Mitwirkung bei Gestaltung des Arbeitsverhältnisses - Tariffähigkeit der Sportverbände?	233
2) Die negative Koalitionsfreiheit	241
3) Das Streikrecht	242
IV. Artikel 11 Grundgesetz Abgrenzung zu Artikel 2 und 12 GG	245
V. Artikel 12 Grundgesetz	247

1) Das Lizenzierungssystem an sich	248
2) Versagung der Zulassung- "Stufentheorie" des Bundesverfassungs- gerichts	249
3) Die Kontingentierung von Ausländern im Hinblick auf das Diskriminierungs- verbot aus Artikel 48 EG-Vertrag	252
a) Sport als Teil des Wirtschafts- lebens	254
b) Urteile des EuGH zur Limitierung	255
c) die Spielordnungen der Sportver- bände in der Praxis	256
d) "Ausländersperren"	257
e) Stellungnahme zu drohenden Gefahren für den Sport bei einem völligen Abbau nationaler Schranken im Be- reich der Europäischen Gemeinschaft	258
4) Die Ablöseregelung	260
a) objektive Zulassungsschranke	261
b) Interessenabwägung	262
c) Ersetzung durch Rückzahlungsklauseln?	263
d) Lösungsvorschlag: einzelvertragliche Fixierung der Ablösesumme zwischen Arbeitgeber und Sportler	265
e) Schutzfunktion der Ablöseregelung und die Konsequenzen eines ersatz- losen Wegfalls	267
f) sittenwidrige Knebelung gem. § 138 in Extremfällen	269
5) Entzug der Lizenz	272
a) zeitliches Spielverbot als faktisches Berufsverbot	273
b) Recht der fristlosen Kündigung zugunsten eines Dritten?	274
c) Konkretisierung des Eingriffs- tatbestandes	275
d) formaler Verstoß gegen Art. 12 GG und Analogie zum "Ärztammer- urteil" des Bundesverfassungs- gerichts	275
e) Lösungsversuch durch Transformation der privaten Verbände in das öffentliche Recht	277
f) Stellungnahme zur Kritik an dieser Umformung	278
VI. Effektiver Rechtsschutz durch Ausschöpfung der gesamten Rechtsordnung seitens der Arbeitsgerichte	279
G) Schlußbemerkung	280

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

- Albrecht, Georg Zur Abgrenzung zwischen abhängiger
Beschäftigung und selbständiger
Tätigkeit
Die Sozialversicherung 1975, S. 215 ff
- Grenzfälle der Versicherungspflicht
nach § 165 Abs. 1 und 2 RVO,
Die Sozialversicherung 1973, S. 257 ff
- Arnim, Hans-Herbert Rückzahlungsklauseln bei sog. frei-
willigen sozialen Leistungen des
Arbeitgebers,
RdA 1970, S. 257 ff
- Auffahrt/Schönherr Kommentar zum Arbeitsgerichtsgesetz,
Berlin, Stand 1973
- Baumann, Wolfgang Die Vereinsstrafgewalt des DFB über
die Bundesligavereine, Lizenzspieler
und Fußballlehrer,
Dissertation, Bonn 1971
- Baumbach-Lauterbach Kommentar zur ZPO,
33. Auflage, München 1975
34. Auflage, München 1976
- Baur, Fritz Betriebsjustiz,
JZ 1965, S. 163 ff
- Ballerstedt, Kurt Wirtschaftsverfassungsrecht,
Die Grundrechte, Band 3, 1. Halbband,
Berlin 1958
- Becker/Kreikelbaum Zeitarbeit,
Schriften zur Arbeitsrechts-Blattei,
Band 1, S. 40
Stuttgart/Wiesbaden 1974
- Bertelsmann, Karl Lexikon in 10 Bänden,
München 1972
Handlexikon,
München 1975

- Beuthien, Volker Die richterliche Kontrolle von Vereins- und Vertragsstrafen, BB 1968, Beilage zu Heft 33, S. 11 ff
- Lohnminderung bei Schlechtarbeit oder Arbeitsunlust, ZfA 1972, S. 73 ff
- Bleistein, Franzjosef Betriebsverfassung in der Praxis, Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 2. Auflage, Bonn 1974
- Bobrowski - Gaul Das Arbeitsrecht im Betrieb, 6. Auflage, Heidelberg 1970
- Böhner, Hans Die persönliche Abhängigkeit und ihre Bedeutung für die Beurteilung der Versicherungspflicht, Die Sozialversicherung 1959, S. 118 ff
- Börner, Lothar Berufssportler als Arbeitnehmer, Darmstadt 1969
- Bösherz, Friedrich Die Praxis der Prämienentlohnung, Baden-Baden und Bad Homburg 1968
- Bötticher, Eduard Die Verpflichtung zur Rückzahlung von Arbeitgeberleistungen als Mittel der Arbeitsplatzbindung, AuR 1965, S. 161 ff
- Wesen und Arten der Vertragsstrafe sowie deren Kontrollen, Zeitschrift für Arbeitsrecht (ZfA) 1970, S. 1 ff
- Brackmann, Kurt Handbuch der Sozialversicherung, Band II, Bonn-Bad Godesberg, Stand 1974
- Bruder, Rudolf Keine Vertragsstrafgewalt des Deutschen Fußballbundes über Lizenzspieler (Bundesligaspieler)? MDR 1973, S. 897 ff

- | | |
|-------------------------|--|
| Brüggemann, Harald | Die Freizügigkeit der Arbeitnehmer
im Bereich der Europäischen Gemein-
schaft,
Dissertation Würzburg 1972 |
| Bruns, Wilhelm | Zur Kritik der neuen Linken am Sport,
in: Leistungssport in der Erfolgs-
gesellschaft, Hrsg: Grube/Richter
Hamburg 1973 |
| Buchner, Herbert | Die Rechtsstellung der Lizenzspieler;
arbeitsrechtliche Normen als Grenze
verbandsautonomer Entscheidungen,
NJW 1976, S. 2242 ff |
| Bühning, Erich | Die arbeitsrechtliche Stellung des
Lehrlings,
AuR 1959, S. 65 ff |
| Denecke-Neumann | Kommentar zur Arbeitszeitordnung,
8. Auflage, München 1973 |
| Dersch-Volkmar | Kommentar zum Arbeitsgerichtsgesetz,
6. Auflage, Berlin 1955 |
| Deschka, Karl | Trainingslehre und Organisationslehre
des Sports,
Wien/München 1961 |
| Deutsch, Erwin | Die Mitspielerverletzung im Sport,
Versicherungsrecht 1974, S. 1045 ff |
| Dicke, Detlev Christian | Verfassungsrechtliche Möglichkeiten
und Grenzen der Wirtschaftslenkung
in Italien und der Bundesrepublik
Deutschland,
Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1969 |
| Diem, Carl | Olympiaden 776 v.Chr. - 1964,
Eine Geschichte des Sports,
Stuttgart 1964

Wesen und Lehre des Sports und
der Leibeserziehung,
4. Auflage Berlin 1964 |

- Diem, Carl Weltgeschichte des Sports und
der Leibeserziehung,
Stuttgart 1960
- Dietz-Richardi Kommentar zum Betriebsver-
fassungsgesetz,
5. Auflage, München 1973
- Die Koalitionsfreiheit,
in: Die Grundrechte - Handbuch der
Theorie und Praxis der Grundrechte,
Band III, 1. Halbband,
Hrsg: Bettermann-Nipperdey-Scheuner,
Berlin 1958
- Dietz-Nikisch Kommentar zum Arbeitsgerichtsgesetz,
München/Berlin 1961
- Dittes, Heinrich Sind Vertragsspieler wirklich
krankenversicherungspflichtig?
Die Sozialversicherung 1950,
S. 296 ff
- Eichberg, Henning Der Weg des Sports in die indu-
strielle Zivilisation,
Baden-Baden 1973
- Eppensteiner,
Friedrich Der Sport - Wesen und Ursprung,
Wert und Gestalt,
München/Basel 1964
- Erdmann-Jüring-
Kammann Betriebsverfassungsgesetz,
Kommentar für die Praxis,
Neuwied/Berlin 1972
- Ermann-Westermann BGB Handkommentar,
6. Auflage, Münster 1975
- Esser, Josef Schuldrecht, Band I,
4. Auflage, Karlsruhe 1970
5. Auflage, Karlsruhe 1975
- Schuldrecht, Band II,
4. Auflage, Karlsruhe 1971

- Farthmann, Friedhelm Die Beschränkung der Mitbestimmung nach § 56 BetrVerfG auf die sogenannten formellen Arbeitsbedingungen
RdA 1966, S. 249 ff
- Fikentscher, Wolfgang Die Geschäftsgrundlage als Frage des Vertragsrisikos
München 1971
- Fitting-Auffahrt-Kaiser Betriebsverfassungsgesetz, Handkommentar,
11. Auflage, München 1974
- Franßen-Haesen Kommentar zum Arbeitnehmerüberlassungsgesetz,
Karlsruhe 1974
- Friedrich, Paul Die Haftung des Sportlers aus § 823 BGB,
NJW 1966, S. 755 ff
- Galperin, Hans Betriebsjustiz, ihre Zulässigkeit, ihre Grenzen,
BB 1970, S. 933 ff
- Galperin-Löwisch Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, Band I,
5. Auflage, Heidelberg 1975
Band II,
5. Auflage, Heidelberg 1976
- Galperin-Siebert Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz,
4. Auflage, Heidelberg 1963
- Gamillscheg, Franz Die Grundrechte im Arbeitsrecht,
AcP 164 (1964)
- von Gierke, Otto Deutsches Privatrecht, 3. Band
Schuldrecht,
München/Leipzig 1917

- | | |
|-----------------------------|---|
| Groeben-Boeckh-
Thiesing | Kommentar zum EG-Vertrag,
2. Auflage, Baden-Baden 1974 |
| Grunsky, Wolfgang | Zur Haftung bei Sportverletzungen,
JZ 1975, S. 109 ff

Kommentar zum Arbeitsgerichtsgesetz,
München 1976 |
| Habermas, Jürgen | Soziologische Notizen zum Verhältnis
von Arbeit und Freizeit,
in: Sport und Leibeserziehung,
Hrsg: Plessner/Bock/Grupe
München 1970 |
| Hamann-Lenz | Kommentar zum Grundgesetz, Band I,
3. Auflage, Neuwied/Berlin 1970 |
| Harbeck, Wolfdieter | Materielle Grundlagen der betrieb-
lichen Strafbefugnis
AuR 1971, S. 173 ff |
| Hartz-Meeßen-Wolf | ABC-Führer Lohnsteuer,
Stuttgart, Stand März 1976 |
| Heini, Anton | Die Vereine,
in: Schweizerisches Privatrecht,
Band II, Basel 1967 |
| Hellgardt,
Hans Guenter | Haftung für Sportverletzung,
Dissertation, Köln 1973 |
| Herold, Georg | Verjährung und Verjährungsfristen
im Arbeitsrecht,
Blätter für Steuerrecht, Sozialver-
sicherung und Arbeitsrecht,
1967, S. 382 ff |
| Herschel, Wilhelm | Freier Beruf und Arbeitsverhältnis,
Heidelberg 1964 |

- Herschel, Wilhelm Zur Arbeitnehmereigenschaft der Film- und Fernsehschaffenden, Ehrengabe für E. Hirsch, Schriftenreihe der Ufita, Baden-Baden 1963
- Arbeitsrechtliche Konsequenzen aus den unterschiedlichen Genauigkeitsgraden bei der Datenerfassung in Arbeits- und Zeitstudien, AuR 1967, S. 65 ff
- Betriebsbußen, Ihre Voraussetzungen und Grenzen, Köln 1967
- Heß, Harald Zulässigkeit, Inhalt und Erstreikbarkeit betriebsnaher Tarifverträge, Berlin/Frankfurt 1973
- Hesse, Konrad Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 8. Auflage, Karlsruhe 1975
- Hoeninger-Wehrle Arbeitsrecht, Sammlung der reichsgesetzlichen Vorschriften zum Arbeitsvertrag, 6. Auflage, Mannheim/Berlin/Leipzig 1925
- Höllein, Werner Berufssport wenig gefragt, Der Fußballtrainer 1975, Heft1, S. 27
- Horschitz, Harald Atypische Vertragsstrafen, NJW 1973, S. 1958 ff
- Vereinsstrafe - Betriebsstrafe - Vertragsstrafe, dargestellt am Beispiel des deutschen Lizenzfußballspielers, Dissertation, Heidelberg 1971
- Hubmann, Heinrich Urheber- und Verlagsrecht, 3. Auflage, München 1974
- Hueck, Goetz Einige Gedanken zum Begriff des Arbeitnehmers, RdA 1969, S. 216 ff

- Hueck, Goetz Arbeitnehmer und freue Mitarbeiter,
DB 1955, S. 384 ff
- Hueck-Nipperdey Lehrbuch des Arbeitsrechts, Band I,
7. Auflage,
Berlin/Frankfurt 1963
- Lehrbuch des Arbeitsrechts, Band II
1. Halbband,
7. Auflage, Berlin/Frankfurt 1967
- Hueck-Nipperdey-
Stahlhacke Kommentar zum Tarifvertragsgesetz,
4. Auflage, München/Berlin 1964
- Huizinga, Johan Homo ludens -
Vom Ursprung der Kultur im Spiel,
Rowolths Deutsche Enzyklopädie,
3. Auflage,
Basel/Brüssel/Köln/Wien 1958
- Kammann, Karl-Udo Zulässigkeit von Betriebsbußen,
DB 1969, S. 2132 ff
- Karakatsanis,
Alexander Die kollektivrechtliche Gestaltung
des Arbeitsverhältnisses und
ihre Grenzen

Abhandlungen zum Arbeits- und
Wirtschaftsrecht
Heidelberg 1963
- Kaskel-Dersch Arbeitsrecht
5. Auflage,
Berlin/Göttingen/Heidelberg 1957
- Kessler, Joachim Schiedsgerichtsvertrag und Schieds-
verfahren
München 1970
- König, Wilhelm Zur näheren Bestimmung des wichtigen
Grundes bei der außerordentlichen
Kündigung durch den Arbeitgeber
RdA 1969, S. 8 ff

- Kornblum, Udo Grundprobleme des Rechts der privaten Schiedsgerichtsbarkeit
Juristische Arbeitsblätter
1973, S. 1 ff
- Krahn, Wolfgang Grundfragen der ärztlichen Berufsgerichtsbarkeit
Dissertation, Würzburg 1966
- Kraning, Richard Der betriebsverfassungsrechtlich selbständige Nebenbetrieb
Dissertation, Köln 1967
- von Krockow, Christian Leistungssportler als Kleinunternehmer? Die Grenze einer Analogie.
in: Leistungssport 1972, S. 382 ff
- Krause-Ablass, Günter Der Schiedsrechtsweg der Internationalen Fußballföderation (FIFA)
NJW 1974, S. 1495 ff
- Krüger, Arnd Der Leistungssportler als Kleinunternehmer,
in: Leistungssport 1972, S. 211 ff
- Landmann-Rohmer-
Eyermann-Fröhler Kommentar zur Gewerbeordnung,
Band I, § 1 - 80,
München, Stand 1970
 und Stand 1976
- Landmann-Rohmer-
Eyermann-Fröhler-
Neumann Kommentar zur Gewerbeordnung,
Band II, § 80 ff,
München, Stand 1970
- Larenz, Karl Methodenlehre der Rechtswissenschaft,
2. Auflage, Berlin 1969
3. Auflage, Berlin 1975
- Schuldrecht, Allgemeiner Teil,
11. Auflage, München 1976
- Schuldrecht, Band II,
10. Auflage, München 1972

- Lehnen, Manfred Der Verein - Standort, Aufgabe,
Funktion in Sport und Gesellschaft,
Schorndorf bei Stuttgart 1967
- Leinemann, Wolfgang Betriebsbußen - Betriebs- oder
Vertragsstrafen
AuR 1970, S. 134 ff
- Lenk, Hans Leistungssport in der Erfolgs-
gesellschaft,
Hrsg: Grube/Richter
Hamburg 1973
- Leistungssport: Ideologie oder Mythos?
Stuttgart 1972
- Leisten können ohne leisten zu müssen,
in: Der Fußballtrainer, Heft 2,
1975, S. 29 ff
- Materialien zur Soziologie des
Sportvereins,
1. Auflage, Ahrensburg 1972
- Lieb, Manfred Die Schutzbedürftigkeit der
arbeitnehmerähnlichen Personen,
RdA 1974, S. 257 ff
- Rechtsformzwang und Rechtsform-
verfehlung im Arbeitsrecht,
RdA 1975, S. 49 ff
- Schwerpunkte Arbeitsrecht=
Karlsruhe 1975
- Littmann Das Einkommensteuerrecht, Kommentar,
11. Auflage, Stuttgart 1974
- Löwisch, Manfred Vertragsstrafe und Betriebsstrafe
im Arbeitsrecht,
JUS 1970, S. 261 ff
- Die Voraussetzungen der Tariffähigkeit,
ZfA 1970, S. 295 ff
- Gewollte Tarifunfähigkeit im
modernen Kollektivarbeitsrecht
ZfA 1974, S. 29 ff

- | | |
|--------------------|--|
| Luhmann, Ulrich | Betriebsjustiz und Rechtsstaat,
Dissertation, Heidelberg 1975 |
| von Mangold-Klein | Das Bonner Grundgesetz, Band I,
2. Auflage, Berlin/Frankfurt 1966 |
| Maunz-Dürig-Herzog | Kommentar zum Grundgesetz,
4. Auflage, München, Stand 1976 |
| Maus, Wilhelm | Handbuch des Arbeitsrechts,
Baden-Baden, Stand März 1977 |
| Mayer-Maly | Dienstvertrag und Arbeitsvertrag,
Zeitschrift für Arbeitsrecht und
Sozialrecht (ZAS) 1966, S. 1 ff |
| Meyer-Cording | Betriebsstrafe und Vereinsstrafe
im Rechtsstaat,
NJW 1966, S. 225 ff

Die Vereinsstrafe,
Tübingen 1957 |
| Molitor, Erich | Wesen des Arbeitsvertrages,
Leipzig/Erlangen 1925

Grund und Grenzen des Weisungs-
rechts,
RdA 1959, S. 1 ff |
| von Münch, Ingo | Kommentar zum Grundgesetz, Band I,
Frankfurt 1974 |
| Neumann, Dirk | Verbotene Urlaubsarbeit
DB 1972, S. 2209 ff

Die Rechtsgrundlage von Betriebs-
strafenordnungen
RdA 1968, S. 250 ff |
| Neumann-Duesberg | Betriebsverfassungsrecht,
Berlin 1960 |
| Nikisch, Arthur | Arbeitsrecht, Band I,
3. Auflage, Tübingen 1961

Arbeitsrecht, Band III,
2. Auflage, Tübingen 1966 |

- Nikisch, Arthur Dienstpflicht - Arbeitspflicht
in: Festschrift für Nipperdey
München/Berlin 1955
- Die Eingliederung in ihrer Bedeu-
tung für das Arbeitsrecht,
RdA 1960, S. 1 ff
- Niklisch, Fritz Der verbandsrechtliche Aufnahmewang,
JZ 1976, S. 105 ff
- Verbandsmacht und einstweiliger
Rechtsschutz
Berlin 1974
- Schiedsgerichtsklauseln und Gerichts-
standsvereinbarungen in Verbands-
satzungen und Allgemeinen Geschäfts-
bedingungen
BB 1972, S. 1285 ff
- Nipperdey, Hans Carl Rechtswidrigkeit, Sozialadäquanz,
Fahrlässigkeit, Schuld im Zivilrecht,
NJW 1957, S. 1777 ff
- Osterhold, Franz Sind Vertragsspieler krankenver-
sicherungspflichtig?
Die Sozialversicherung 1950, S. 268 ff
- Palandt Kommentar zum BGB,
35. Auflage, München 1976
- Petev, Valentin Zum Problem der Rechtswidrigkeit
in Bezug auf die zivilrechtliche
Haftung für Sportunfälle,
Versicherungsrecht 1976, S. 320 ff
- Petermann, Alfred Sportlexikon,
Köln 1969
- Plessner, Helmut Spiel und Sport,
in: Sport und Leibeserziehung
Hrsg: Plessner/Bock/Grupe
München 1970
- Preis, Bernd Der Lizenzspieler im Bundesligafußball,
Frankfurt 1973

- Quanz, Dietrich R. Sport im Verein,,
in: Thema Sport, Heft 4,
Düsseldorf 1975
- Raiser, Ludwig Grundgesetz und Privatrechtsordnung,
Verhandlungen des 46. Deutschen
Juristentages 1966, Band II, Teil B,
München/Berlin 1967, S. 1 ff
- Ramm, Thilo Die Anerkennung des Streikrechts,
AuR 1967, S. 97 ff
- Rasehorn, Theo Zur Haftung für fehlerhafte Sach-
verständigengutachten,
NJW 1974, S. 1172 ff
- Rehbinder, Manfred Der befristete Arbeitsvertrag als
Regeltyp im Recht der Bühne,
RdA 1971, S. 211 ff
- Reichert-Dannecker-
Kühr Handbuch des Vereins- und
Verbandsrechts,
Neuwied/Berlin 1970
- Reichert, Bernhard Grundriß des Sportrechts und des
Sporthaftungsrechts,
Neuwied/Berlin 1968
- Reuß, Wilhelm Die Bedeutung der Mächtigkeit
von Verbänden im kollektiven
Arbeitsrecht,
RdA 1972, S. 4 ff
- Richardi, Reinhard Kollektivgewalt und Individual-
wille bei der Gestaltung des
Arbeitsverhältnisses,
München 1968
- Lohngerechtigkeit und Leistungslohn,
RdA 1969, S. 234 ff
- Riepenhausen, Bernhard Das Arbeitsrecht der Bühne,
2. Auflage, Berlin 1956
Ergänzungsband, Berlin 1965

- | | |
|------------------------|---|
| Rigauer, Bero | Sport und Arbeit -
Soziologische Zusammenhänge und
ideologische Implikationen,
Frankfurt 1969 |
| Röthig, Peter | Sportwissenschaftliches Lexikon,
Schorndorf bei Stuttgart 1972 |
| Rohlfing-Kiskalt-Wolff | Kommentar zur Gewerbeordnung,
3. Auflage, Berlin/Frankfurt 1961 |
| Rüthers, Bernd | Rechtsprobleme des betriebsbezo-
genen wilden Streiks,
JZ 1970, S. 625 ff |
| Rumpf, Klaus | Das Mitbestimmungsrecht des Betriebs-
rats bei Entgeltfragen, insbesondere
beim Leistungslohn, nach dem BetrVerfG
1972
AuR 1972, S. 65 ff |
| Säcker, Franz-Jürgen | Grundprobleme der kollektiven
Koalitionsfreiheit,
DB 1969, S. 35 ff |
| Sandmann-Vielhaber | Kommentar zum Arbeitnehmerüber-
lassungsgesetz,
Frankfurt 1972 |
| Scharmann, Theodor | Arbeit und Beruf,
eine soziologische und psychologische
Untersuchung über die heutige
Berufssituation,
Tübingen 1956 |
| Schaub, Günter | Arbeitsrechtshandbuch,
1. Auflage, München 1972
2. Auflage, München 1975 |
| Schlosser, Peter | Vereins- und Verbandsgerichts-
barkeit, Band I,
München 1972 |
| | Prozessuale Fragen um den privat-
rechtlichen Vereinsverwaltungsakt,
MDR 1967, S. 884 ff und S. 961 ff |

- Schmidt, Karl Heinrich Zur Frage der Arbeitnehmereigen-
schaft der Vertragsspieler im
DFB und der Rechtsnatur des
Spielervertrages,
AuR 1961, S. 329 ff
- Der vertraglich geregelte Fußballsport,
RdA 1972, S. 93 ff
- Schmidt-Rimpler Ehrenbergs Handbuch des
gesamten Handelsrechts, Band V,
Leipzig 1928
- Schneider, Klaus Arbeitnehmereigenschaft der Sportler,
Dissertation, Köln 1967
- Schnorr von Carolsfeld Arbeitsrecht,
2. Auflage, Göttingen 1954
- Schwenk, Edmund H. Das allgemeine Persönlichkeits-
recht des Arbeitnehmers,
NJW 1968, S. 822 ff
- Siebert, Wolfgang Die Abgrenzung zwischen Arbeits-
verhältnis und selbständigem
Dienstvertrag,
BB 1949, S. 748 ff
- Einige Grundgedanken des gegen-
wärtigen Arbeitsrechts,
RdA 1956, S. 14 ff
- Söllner, Alfred Arbeitsrecht,
4. Auflage, Stuttgart/Berlin/Köln
Mainz 1974
5. Auflage, Stuttgart/Berlin/Köln
Mainz 1976
- Abgrenzung von Handwerk und Industrie,
Frankfurt 1973
- Stadler, Hubert Die Mitbestimmung des Betriebsrats
nach dem neuen Betriebsverfassungs-
gesetz in Fragen der Leistungsentlohnung,
BB 1972, S. 800 ff
- Voraussetzungen und Grenzen von
Betriebsbußen,
BB 1968, S. 801 ff

- Staudinger-Nipperdey-
Mohnen-Neumann Der Dienstvertrag,
Berlin 1958
zitiert: Nipperdey-Mohnen-Neumann
- Steindorff, Ernst Berufssport im gemeinsamen Markt,
Recht der internationalen Wirtschaft/
Außenwirtschaftsdienst des BB (RIW/AWD)
Heft 5, 1975, S. 253 ff
- Fahrlässigkeit der Arbeitnehmer
JZ 1959, S. 1 ff
- Stern, Klaus Grundrechte der Sportler,
in: Sport und Recht
Hrsg: Schroeder/Kauffmann
Berlin/New York 1972
- Stoll, Hans Handeln auf eigene Gefahr,
eine rechtsvergleichende Untersuchung,
Berlin/Tübingen 1961
- Truog, Roman Das Schiedsgericht in privat-
rechtlichen Angelegenheiten,
Dissertation, Zürich 1969
- Verschiedene
Verfasser Der Sportbrockhaus,
Wiesbaden 1971
- Das große Buch vom Sport,
9. Auflage, Basel/Freiburg/Wien 1969
5. Auflage, 1964
- Reichsgerichtsrätekommentar zum BGB,
11. Auflage, Band I, 1. Teil
§ 1 - § 240,
Berlin 1959
- Vollmer, Lothar Satzungsmäßige Schiedsklauseln,
zugleich ein Beitrag zum Rechtsschutz
in inneren Vereinsangelegenheiten
Bad Homburg 1970
- Weber, Paul Arbeitsförderungsgesetz,
Gemeinschaftskommentar, Stand 1976

- Weitnauer, Hermann Vereinsstrafe, Vertragsstrafe und Betriebsstrafe
Festschrift für Rudolf Reinhardt
Köln 1972
- Weller, Bernhard Massenänderungskündigung und Kampfparität,
AuR 1967, S. 76 ff
- Werner, Fritz Sport und Recht,
in: Recht und Staat, Heft 366
Tübingen 1968
- Westermann, Harm Peter Die Verbandsstrafgewalt und das allgemeine Recht,
zugleich ein Beitrag zur juristischen Bewältigung des Bundesligaskandals,
Bielefeld 1972
- Wiedemann, Herbert Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis
10. Auflage, Karlsruhe 1966
- Wussow, Werner Unfallhaftpflichtrecht,
12. Auflage, Köln 1975
- Zech, Heinrich Das große Lexikon des Sports,
Frankfurt 1971
- Zeuner, Albrecht Überlegungen zum Begriff des Arbeitnehmers und zum Anwendungsbereich arbeitsrechtlicher Regeln,
RdA 1975, S. 84 ff
- Zöllner, Wolfgang Betriebsjustiz
Zeitschrift für Zivilprozeß (ZZP)
1970, S. 365 ff

A) E i n l e i t u n g -

Gegenstand der Arbeit

Mit der fortschreitenden Technisierung des Arbeitsprozesses gewann der Sport als "wichtigste Nebensache der Welt" zunehmende Bedeutung als Möglichkeit der Freizeitgestaltung und als Betätigungsfeld für körperlichen Ausgleich. Als soziologisches Phänom faszinieren Wettkämpfe Menschen aller Schichten, je höher das Niveau der dargebotenen Leistungen steigt. Die Hinwendung des Menschen von heute zum Sport folgt zu einem erheblichen Teil daraus, daß dem einzelnen hier noch ein Bereich offensteht, der für ihn überschaubar und begreifbar ist. Hinzu kommt, daß der Sport dem Bedürfnis des Menschen nach Heldenverehrung entgegenkommt und der Vorstellung unserer Aufstiegs- und Wettbewerbsgesellschaft entspricht, die jedermann gleiche Chancen einräumt.¹⁾ Diese Publizität des Sports und seiner Spitzenkönner führt in unserem Wirtschaftssystem zwangsläufig zu einer Kommerzialisierung auf breiter Ebene. Es gibt heute kaum mehr Spitzenathleten, die nicht mit Hilfe des Sports ihren Lebensunterhalt verdienen oder wenigstens ihre finanzielle Lage verbessern, sei es, daß sie offen zum Berufssport übertreten oder heimlich Geld und andere materielle Vorteile als Gegenleistung für die wirtschaftliche Verwertung ihres Sportlernamens annehmen.²⁾ Zu dieser Kommerzialisierung tragen aber nicht zuletzt auch die Vereine und deren Gönner selbst bei, die aus mancherlei, oft persönlichen Gründen durch finanziellen Anreiz Spitzenkönner zu gewinnen suchen; solche Gepflogenheiten sind heute bereits in den untersten Amateurklassen

1) Werner, Recht und Staat, S. 4

2) Schneider, Arbeitnehmereigenschaft der Sportler, S. 1

üblich. Mit der Entgegennahme materieller Vorteile wird der Sportler aber gleichzeitig - zumindest moralisch - zu bestimmten Gegenleistungen verpflichtet. Dadurch tritt der Sport aus der Sphäre der reinen Liebhaberei heraus und nähert sich dem Bereich des Arbeitsrechts.

In der arbeitsrechtlichen Literatur hat diese eigenartige Verbindung von Sport und Beruf bisher kaum Beachtung gefunden. Dies liegt zum einen daran, daß die meisten Amateursportverbände zur Einhaltung der olympischen Regeln die Ansicht vertreten, "daß nicht sein kann, was nicht sein darf". Daher werden nicht selten die wahren Verhältnisse verschleiert; echte Berufssportler treten als sogenannte "Amateure" auf, und keiner der Beteiligten ist daran interessiert, arbeitsrechtliche Überlegungen anzustellen.³⁾

Auf der anderen Seite sind aber auch dort, wo Sportarten nach außen hin berufsmäßig betrieben werden, regelmäßig enge Beziehungen zu den Amateurverbänden bestehen geblieben. Organisatorisch ist der Berufssport meist dem Amateursport unterstellt, so daß man sich naturgemäß nicht um Probleme des Arbeitsrechts im Sport kümmert. Auftauchende Konflikte werden dann nach hergebrachten sportlichen Regeln und Grundsätzen und nicht nach arbeitsrechtlichen Gesichtspunkten gelöst.

Die Anwendung der arbeitsrechtlichen Regeln auf den Sport ist deshalb schwierig, weil der Berufssport - oder besser der bezahlte Sport - im reinen Amateursport mit den dort entwickelten Regeln seine Wurzeln hat und damit aus einer dem Arbeitsleben fremden sozialen Erscheinungsform, nämlich dem sportlichen Wettkampf entstanden ist. Eine direkte Anwendung des

3) Börner, Berufssportler als Arbeitnehmer, S. 17

geltenden Arbeitsrechts auf den Sport scheitert auch nicht zuletzt deshalb, weil es den besonderen Verhältnissen des Berufssports nicht gänzlich gerecht wird.

Gegenstand dieser Arbeit ist die Untersuchung der Frage, ob und inwieweit die Regeln des Arbeitsrechts auf den Bereich des Sports anwendbar sind, wobei zwischen dem reinen Amateur (Freizeitsportler), dem "Amateur" (Spitzensportler mit "Spesenersatz") und dem Berufssportler zu differenzieren ist. Das Hauptaugenmerk gilt in diesem Abschnitt der Frage, wann ein Sportler zum Arbeitnehmer wird; denn das Arbeitsrecht kann nur dort Geltung beanspruchen, wo es um die Regelung eines abhängigen Leistungsverhältnisses geht.

Die weitere Untersuchung ist der Frage gewidmet, welche konkreten Rechte der Berufssportler (oder besser der bezahlte Sportler) aufgrund seines Abhängigkeitsverhältnisses geltend machen kann. An dieser Stelle darf nicht übersehen werden, daß auch der Berufssportler als Arbeitnehmer Sportler bleiben muß und damit eine besondere Art des Arbeitnehmers darstellt. Dieser besonderen Stellung des abhängigen Sportlers kann man folglich nur dadurch gerecht werden, daß man die Normen des Arbeitsrechts gemäß dem Geist und Zweck des Sports auslegt und anwendet.⁴⁾

Die arbeitsrechtlichen Normen bleiben für den bezahlten Sportler aber nur Theorie, wenn die Praxis einer Durchsetzung der existierenden Rechte entgegensteht. In diesem Punkt bestehen erhebliche Unklarheiten und Divergenzen. Die Klagearten und -möglichkeiten sind bisher noch nicht genügend eruiert worden, was zum einen an der etwas selbstherrlichen Gerichts- und Verfahrensordnung der Vereine und Verbände liegt, zum

4) Börner S. 20

zum anderen aber auch an der Unwissenheit und Ungleichgültigkeit der betroffenen Sportler.

Letztlich werden die Aktiven an einer wirksamen Durchsetzung der bestehenden Rechte faktisch dadurch gehindert, daß der Verein bzw. der Trainer unter dem Vorwand des Strebens nach größtmöglicher Erfolgserzielung den "Unruhestifter" vom Wettkampfgeschehen ausschließt. In Voraussicht sinkender Einnahmen wird der Sportler deshalb im Einzelfall auf sein Recht verzichten, um "im Geschäft zu bleiben".

Zum Schluß soll noch gezeigt werden, daß die Erfüllung arbeitsrechtlicher Ansprüche der Sportler gegenüber ihrem Verein zuweilen am organisationsrechtlichen Aufbau des Sportwesens scheitern. Inwieweit sich der Spitzenathlet diesem organisationsrechtlichen Machtgefüge beugen muß, oder ob er hier ebenfalls einen effektiven Rechtsschutz erlangen kann, soll deshalb im letzten Teil der Arbeit behandelt werden.

B) 1. Kapitel

- Sport - Arbeit - Spiel

I. Die geschichtliche Entwicklung des Berufssports

Alle Leibesübungen hatten ihren Ursprung im kultischen Bereich. Durch die Umwandlung der Fruchtbarkeitskulte mykenischer Herkunft in Feste zu Ehren des Gottes Zeus wurde 776 v. Chr. die erste Olympiade der Antike veranstaltet. ¹⁾ Die Sieger jener Spiele genossen großes Ansehen und so verwundert es nicht, daß außer den Ehrungen durch Denkmäler, Hymnen, Ehrenbürgerschaften und Steuerbefreiungen den Olympiasiegern in Athen um 594 v. Chr. auch materieller Lohn in Form eines Geldgeschenktes winkte. ²⁾

In Fortentwicklung der griechischen Philosophie, die dem Geist eine vorrangige Stellung gegenüber allem Körperlichen einräumte, entwickelte sich der Sport seit etwa 400 v. Chr. mehr und mehr zu einer bloßen Gesundheitsgymnastik, während der Wettkampf vollends zu einer Angelegenheit der Berufsathleten wurde. ³⁾ Bei den Römern verdienten sich die Gladiatoren ihr Brot damit, daß sie durch lebensgefährliche Kampfdarbietungen die Sensationslust und die Gier der Menschen nach Grausamkeit und Nervenkitzel befriedigten. Mit dem moralischen Niedergang des römischen Reiches verlor der Sport schließlich seine bis dato erstrebte edle Seite durch den Einzug des Professionalismus. ⁴⁾

1) Zech, das große Lexikon des Sports, S. 474

2) Diem, Eine Geschichte des Sports, S. 129

3) Zech, a.a.O., S. 475

4) Diem, a.a.O., S. 161

Im Mittelalter wanderten Sensationsathleten von Ort zu Ort und ließen sich von den staunenden Zuschauern für ihre "sportlichen" Leistungen entlohnen. In vielen Herrscherhäusern bestanden sogar feste Anstellungsverhältnisse mit Berufssportlern. Um 1730 traten erstmals Preisboxer hervor und die ersten Rekordleistungen der Leichtathletik entstanden durch hohe Wetten, an denen Berufsläufer finanziell beteiligt waren.⁵⁾

Die rasche Industrialisierung Ende des 19. Jahrhunderts ließ England zum Mutterland des modernen Sports werden; die prägende Wirkung Englands ist vergleichbar dem Einfluß, den der griechische Sport auf die Leibeserziehung ausübte. Dies gilt vor allem für die Ballspiele, insbesondere das Fußballspiel. Seit dem Jahre 1897 gibt es in England Fußball-Profi-Clubs. Auch in Deutschland bestritten zu Beginn des 20. Jahrhunderts eine Unzahl von Fußballspielern ihren Lebensunterhalt durch die Ausübung ihres Sports. Bis zum Jahre 1963 versuchte man in Deutschland, durch die Bezeichnung "Vertragsspieler" dem Sportler trotz der erhaltenen Zuwendungen einen amateurähnlichen Status zu verleihen, da der offizielle Berufssport bis dahin immer noch mit dem Makel der Unseriösität von Jahrmarktgauleien und dem Ruch des Circensischen behaftet war. Erst 1963 schien die Zeit reif zu sein für die Einführung der Fußballbundesliga, der mittlerweile ein professioneller Zweitligaunterbau geschaffen wurde.

5) Petermann, Sportlexikon, zum Begriff des Berufssports

II. Die Situation im deutschen Bundesligafußball

Naturgemäß nimmt der Volkssport Fußball gegenwärtig eine dominierende Stellung im Berufssport ein. Aus diesem Grunde wird bei der Untersuchung der arbeitsrechtlichen Probleme das Hauptaugenmerk auf diese Sparte des Berufssports zu richten sein.

Derzeit beschäftigen 58 Fußballvereine in Deutschland ca. 1300 Akteure gegen Bezahlung. Organisatorisch unterstehen die Spieler dem Deutschen Fußballbund e.V. in Frankfurt (DFB), einer Spitzenvereinigung des Amateurfußballsports, die ihre Einnahmen jedoch zum größten Teil aus den Bundesliga- und Länderspielen der Berufsspieler erzielt.

Die Bundesliga selbst ist eine vom DFB geschaffene Vereinseinrichtung.⁶⁾ Aber auch nach Einführung des offenen Professionalismus hält der DFB an seinem obersten Grundsatz, "der Ausübung des Fußballsports auf der Grundlage des Amateursports" fest.⁷⁾ Nur vor diesem Hintergrund kann man verstehen, weshalb das Bundesligastatut des DFB die Akteure und Vereine durch eine Vielzahl von Bestimmungen und Beschränkungen reglementiert, die dem normalen Arbeitsleben unbekannt sind und ihren Ursprung im korporativen Vereinsrecht des Amateursports haben.⁸⁾

Nach der Definition des DFB sind die Bundesligafußballspieler "bezahlte Angestellte eines vom DFB lizenzierten Vereins" (§ 10 Lizenzspielerstatuts). Diese Lizenz wird nur eingetragenen Vereinen erteilt; aber auch der einzelne Spieler kann für einen Verein nur dann tätig werden, wenn er eine Lizenz der DFB besitzt. Diese wird gemäß § 11 LspSt durch einen

6) § 1 Zif. 2 Lizenzspielerstatut (LspSt)

7) Präambel der DFB-Satzung

8) Börner S. 25

"Vertrag" des DFB mit dem Spieler erteilt. Der Inhalt dieses Vertrags ist genau vorgeschrieben und regelt nach § 11 Zif. 3 LspSt "die Rechte und Pflichten als Lizenzspieler, seine Unterwerfung unter die Satzung, das Lizenzspielerstatut, die Ordnungen des DFB und die Entscheidungen der DFB-Organe." Im Ergebnis handelt es sich also weniger um einen Vertrag, als vielmehr um eine einseitige Unterwerfung unter die für die Bundesliga geltenden Bedingungen. Aufgrund der Tatsache, daß der DFB die Profiligen überhaupt geschaffen hat, nimmt er als "Herr des Fußballsports" auch das Recht für sich in Anspruch, Abschluß, Verlängerung und Auflösung der Verträge zu reglementieren, einen Arbeitsplatzwechsel von der eigenen Genehmigung und der Zahlung einer Ablösesumme an den alten Verein abhängig zu machen, sowie Verstöße gegen die aufgestellten Normen durch eine Rechtssprechung zu regeln (§ 18 LspSt).

Mittlerweile hat der Professionalismus aber auch im Tennis, Golf, Eissport, Skisport, Leichtathletik und in vielen anderen Sportarten Fuß gefaßt; er wird in Zukunft auch noch weitere Sportbereiche beherrschen, jedoch sollen im Rahmen der vorliegenden Untersuchung nur die wichtigsten Sportarten in Deutschland unter die Lupe genommen werden.

III. Trennung der Bereiche Sport und Arbeit

Gegenstand der vorliegenden Arbeit sind arbeitsrechtliche Fragen, die mit der Tätigkeit der Sportler zusammenhängen bzw. aus ihrer Tätigkeit als Sportler resultieren. Die Bejahung arbeitsrechtlicher Prinzipien im Sportsektor führt folglich zu einer ausschließlichen Gerichtsbarkeit der Arbeitsgerichte bei Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis. Die Regeln der Sozial- und Unfallversicherung finden dann ebenso Anwendung, wie auch die Besteuerung der Einkünfte sich nicht von der anderer Lohn- oder Einkommensteuerpflichtiger unterscheidet. Darüberhinaus stehen Fragen des Kündigungsschutzes und der Schaffung eines Betriebsrates im Raum, sofern nicht alle Rechtsbeziehungen nach dem Vereinsrecht des BGB geregelt werden müssen.

1) Arbeitnehmerbegriff als Voraussetzung des Arbeitsrechts.

Wie die geschichtliche Entwicklung gezeigt hat, beruht das Wesen des Arbeitsrechts auf der besonderen Schutzbedürftigkeit des Arbeitenden, der in einem Abhängigkeitsverhältnis zu seinem "Arbeitgeber" steht; aus diesem Grunde wird das Arbeitsrecht als das Sonderrecht der unselbständigen Arbeitnehmer bezeichnet.⁹⁾ Die arbeitsrechtlichen Regeln finden daher nur dann Anwendung, wenn ein Arbeitnehmer an diesem Rechtsverhältnis beteiligt ist, da seine Schutzbedürftigkeit der Unterordnung unter die Weisungen des "Befehlenden" entspringt. Die daraus resultierende Abhängigkeit kann in ihrer Intensität graduell verschieden sein, muß aber stets gegeben sein. Diese Abhängigkeit bezieht

9) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Band I, S. 1

sich auf die Person des Arbeitnehmers, d.h., er ist zu persönlicher Arbeitsleistung verpflichtet. Paralell hierzu besteht regelmäßig auch eine wirtschaftliche Abhängigkeit; denn im allgemeinen wird nur der seine Arbeitskraft in den Dienst eines anderen stellen, der zur Erlangung seines Lebensunterhaltes darauf angewiesen ist. Ausgangspunkt aller weiteren Untersuchungen ist daher die Frage, ob und wann ein Sportler zum Arbeitnehmer im Sinne des allgemeinen Arbeitsrechts wird.

2) Der Begriff des Arbeitnehmers

Als Vertreter der Eingliederungstheorie betrachtet NIKISCH ¹⁰⁾ denjenigen als Arbeitnehmer, der im Dienst eines anderen beschäftigt wird. Die Abhängigkeit werde durch die freiwillige Einordnung in den Arbeitsbereich des Arbeitgebers begründet; darüberhinaus komme es auf berufsmäßige Ausübung und Entgeltlichkeit nicht an. HUECK ¹¹⁾ definiert vom Standpunkt der Vertragstheorie den Arbeitnehmer als eine Person, "die aufgrund privatrechtlichen Vertrages oder eines ihm gleichgestellten Rechtsverhältnisses im Dienst eines anderen zur Arbeit verpflichtet sei," wobei die privatrechtliche Gültigkeit der eingegangenen Verpflichtung nicht vorausgesetzt wird. Die Arbeit werde dann im Dienste eines anderen geleistet, wenn persönliche Abhängigkeit bestehe und es sich deshalb um fremdbestimmte Arbeit handle. ¹²⁾ Entscheidend sei letztlich der Grad der Abhängigkeit, während es gleichgültig sei, ob die Tätigkeit gegen Lohn, berufsmäßig, oder nur als Nebenberuf ausgeübt wird.

10) Nikisch, Arbeitsrecht, Band I, S. 92

11) Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht, Band I, S. 34

12) Hueck-Nipperdey, aaO S. 41

Die Streitfrage, wann jemand Arbeitnehmer ist, hängt mit dem Streit zwischen Vertrags- und Eingliederungstheorie über die Begründung und das Wesen des Arbeitsverhältnisses zusammen, ohne aber damit identisch zu sein.¹³⁾ Es kann hier nicht der Ansicht BÖRNER¹⁴⁾ gefolgt werden, der beide Theorien für richtig hält und im Einzelfall bei der Einordnung von sportlichen "Anstellungsverhältnissen" teils auf die Merkmale der einen, teils der anderen Theorie abstellt. Spätestens bei der Frage, ob auch der sog. "Amateur" durch die Mitgliedschaft und die vereinbarten "Spesensätze" seine Unabhängigkeit aufgegeben hat, muß ein klarer Standpunkt bezogen werden, da sonst die Rechtslage noch mehr verunsichert würde. An dieser Stelle argumentiert BÖRNER zu oberflächlich, da er nur den reinen Berufssportler zum Gegenstand seiner Ausführungen macht und den "Spesen- oder Scheinamateur" ohne nähere Begründung hinsichtlich dessen Abhängigkeit dem Berufssportler gleichstellt.¹⁵⁾

Unter Berufung auf WIEDEMANN¹⁶⁾ glaubt LIEB,¹⁷⁾ neben der Fremdbestimmtheit die Fremdnützigkeit der Leistung als entscheidenden Gedanken herausheben zu müssen; gerade aus diesem letztgenannten Gesichtspunkt resultiert der Verlust eigener Dispositionsmöglichkeit, was wiederum die das Arbeitsrecht begleitende und rechtfertigende Schutzbedürftigkeit und Schutzwürdigkeit des Arbeitnehmers begründe.

13) Hueck-Nipperdey, aaO, S. 39

14) Börner, Berufssportler als Arbeitnehmer, S. 64

15) Börner, aaO, S. 28; vgl. auch Schneider
Arbeitnehmereigenschaft der Sportler, S. 18

16) Wiedemann, aaO, S. 14

17) Lieb, Schwerpunkte, S. 4

Die Vertreter dieser Ansicht setzen neben den von der herrschenden Lehre verwendeten Begriff der Fremdbestimmtheit einen neuen, wenig aussagekräftigen, nämlich den der Fremdnützigkeit. Letztlich nützt die Leistung nämlich allen Beteiligten: Dem Letztempfänger des Produkts oder der Dienstleistung, weil er damit einem inneren Bedürfnis abhilft; dem Leistenden, weil er von dem Entgelt seinen Lebensunterhalt bestreitet; dem Unternehmer als "Verkäufer" des Produkts oder der Dienstleistung, da er am Verkauf seinerseits verdient. Zwar ließe sich hier die Parallele zu § 950 BGB ziehen, wonach "Begünstigter" nicht nur derjenige ist, der die Leistung eigenhändig vollbringt, sondern auch jener, der sich eines anderen zur Leistungserbringung bedient. Dennoch eignet sich die Fremdnützigkeit nur sehr wenig zur Begriffsbestimmung der Abhängigkeit. Die Vertreter dieser neuen Lehre sehen in der Möglichkeit der wirtschaftlichen Verwertung das ausschlaggebende Moment. Dies wird aber nicht der tatsächlichen Situation des abhängigen Arbeitnehmers gerecht. Die freie wirtschaftliche Verwertung steht auch dem Dienstleistenden nach § 611 BGB nicht mehr zu, da er seinem Auftraggeber verpflichtet ist; dagegen beruht die arbeitsrechtliche Abhängigkeit auf der Einflußnahme des Arbeitgebers hinsichtlich der gesamten Umstände des Arbeitsverhältnisses. "Abhängigkeit" ist der Begriff für die Rechtsbeziehung zweier Subjekte und muß daher eine subjektive Komponente im Bereich der Willensbildung erfahren.

Gerade bei den freien Mitarbeitern zeigt sich, daß die Betonung des wirtschaftlichen Aspekts zu materiell unrichtigen Ergebnissen führen kann. Stellt der freie Mitarbeiter seine Dienste dem Empfänger regelmäßig und selbständig in Rechnung, so kann dennoch ein Arbeitsverhältnis vorliegen, wenn die tatsächliche Ausgestaltung

der Rechtsbeziehung eine Vergleichbarkeit mit der Rechtsstellung der übrigen Arbeitnehmer zuläßt.¹⁸⁾ LIEB¹⁹⁾ will in Fällen der Dauerbeschäftigung über die Annahme eines Rechtsformzwangs ein Arbeitsverhältnis begründen.

Im Ergebnis dieser Ausführungen zeigt sich, daß allein das Merkmal der Abhängigkeit geeignet ist, den Arbeitnehmerbegriff hinreichend zu definieren und Randscheinungen in diese Definition aufzunehmen. Die persönliche Abhängigkeit als Wesensmerkmal kann noch eher durch eine vergleichende und typisierende Betrachtungsweise konkretisiert werden, als Fremdnützigkeit und Verlust der Dispositionsmöglichkeit, die eher dem Bereich der Rechtssoziologie zuzuordnen sind und für eine Interpretation zuviel Spielraum gewähren.

Nachdem jeder in einem Verein organisierte Sportler - also auch der echte Amateur - in das korporative Vereins- und Verbandswesen eingegliedert ist, bedarf es zur Begründung einer Verpflichtung im Abhängigkeitsverhältnis mehr als nur einer Eingliederung. Mit der herrschenden Meinung ist für den Begriff des Arbeitnehmers deshalb auf die privatrechtliche Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer abzustellen. Hierfür sprechen insbesondere folgende Gründe:

Stellt man auf die tatsächliche Leistung nach erfolgter Eingliederung ab, so würde bei unterbliebener Aufnahme der Arbeit oder Einstellung in den Betrieb der Anspruch von Arbeitgeber und Arbeitnehmer aus dem eingegangenen Rechtsverhältnis nicht zum Arbeitsrecht gehören. Außerdem bringen die Anhänger der Eingliederungstheorie in ihrer Definition nicht zum Ausdruck, daß nur derjenige zum Arbeitnehmer werden kann, der

18) vgl. BAG AP Nr. 6, 7, 10, 12 zu § 611 Abhängigkeit; BSG AP Nr. 11 zu § 611 Abhängigkeit;

19) Lieb, Schwerpunkte, S. 8

mit Willen des Arbeitgebers die Beschäftigung aufnimmt; eine Geschäftsführung ohne Auftrag macht noch nicht zum Arbeitnehmer.²⁰⁾ Liegt aber ein übereinstimmender Wille beider Parteien vor, so ist mindestens stillschweigend ein Arbeitsvertrag zustande gekommen. Auch NIKISCH²¹⁾ erklärt nunmehr, "eine Willenserklärung sei notwendig und damit ist dem Tatbestand nach ein Vertrag gegeben; aber dieser Vertrag kann ungültig sein." Hier scheint es NIKISCH aber nur darauf anzu- kommen, daß durch Mängel des Vertrages die Arbeitnehmer- eigenschaft nicht mehr berührt werde, sofern nur der Arbeitnehmer tatsächlich arbeite. Nichts anderes be- zwecken aber auch die Vertreter der Vertragstheorie durch die Konstruktion des faktischen Arbeitsverhält- nisses.

Bei der arbeitsrechtlichen Untersuchung des Berufs- sports (besser spricht man hier allgemein von be- zahltem Sport) ist der Arbeitnehmerbegriff der herr- schenden Lehre zugrunde zu legen, da es einen besonde- ren Begriff des Arbeitnehmers im Berufssport nicht geben kann. Bei der Bestimmung des Begriffs kommt es nämlich nicht auf die Art der ausgeübten Tätigkeit an,²²⁾ sondern es ist zu fragen, ob der Sportler die Kriterien eines abstrakten Begriffes ausfüllt.

20) so auch Hueck-Nipperdey, aaO, S. 37

21) Nikisch, Arbeitsrecht, Band I, S. 92

22) Hueck-Nipperdey, aaO, S. 49

3) Die einzelnen Begriffsmerkmale -
Begriff der Arbeit

Der Gesetzgeber hat es nicht für nötig befunden, den Begriff "Arbeit" zu definieren und Rechtsprechung wie Literatur setzen den Begriff als allgemein bekannt voraus. Aus der Notwendigkeit zur Erhaltung des eigenen Lebens und der Befriedigung der eigenen Bedürfnisse wird das Recht auf Arbeit abgeleitet; ²³⁾ dies führte zu der Erkenntnis, daß der Begriff der Arbeit wirtschaftlich zu fassen sei. Eine nähere Bestimmung des Begriffs wird deshalb nicht für erforderlich gehalten, weil "in der Praxis kaum Zweifel auftauchen, was im wirtschaftlichen Sinn als Arbeit anzusehen sei." ²⁴⁾ Solche Zweifel tauchen aber gerade dann auf, wenn es zu klären gilt, ob und wann sportliche Leistungen als Arbeitsleistung zu qualifizieren sind.

Als das Bundessozialgericht sich mit der Frage befaßte, ob die (damaligen) Fußballvertragsspieler der Regionalligen krankenversicherungspflichtig sind, mußte es vorweg den Begriff der Arbeit definieren. In seinem für die Sportwelt umwälzenden Grundsatzurteil vom 20.12.61 ²⁵⁾ verstand das Gericht darunter die planmäßige Betätigung der körperlichen und geistigen Kräfte zur Erreichung eines bestimmten, meist wirtschaftlichen Zwecks. Daraus erhellt, daß die Wirtschaftlichkeit kein sicheres Abgrenzungsmerkmal, sondern nur ein allgemein sachdienlicher Hilfsgesichtspunkt sein kann.

23) Bertelsmann, Handlexikon, zum Begriff "Arbeit"

24) Hueck-Nipperdey, aaO, S. 35

25) BSG E 16, S. 98

Diese Begriffbestimmung durch das Bundessozialgericht weicht nur scheinbar von der Auffassung HUECKs ²⁶⁾ ab, der die Betonung des wirtschaftlichen Aspekts zur Abgrenzung von Sport und Spiel für notwendig erachtet.

Zunächst einmal muß darauf hingewiesen werden, daß die einzelnen Komponenten des Begriffs "Arbeitnehmer" selbständig sind und daher auch unabhängig und ohne Bezug zueinander bestimmt werden müssen. Wenn vielfach auf die Wirtschaftlichkeit alleine abgestellt wird, so verbirgt sich dahinter die Vorstellung, daß die Tätigkeit zum Nutzen eines anderen erbracht wird, deshalb - wie üblich - entlohnt wird und dies wiederum das Motiv für die Aufnahme der Tätigkeit war. Aber selbst wenn eine Vergütung unterbleibt (z.B. bei Gefälligkeiten), wo wird Arbeit geleistet, weil eben in vergleichbaren Fällen jene Leistung nur gegen Entgelt erbracht würde und die Tätigkeit daher einen bestimmten, wirtschaftlich meßbaren Vergleichswert besitzt.

Gleiches gilt, wenn jemand sein Eigenheim unter persönlichem Einsatz erbaut, sein eigenes Auto repariert oder den Rasen mäht. In allen Fällen sind diese Tätigkeiten wirtschaftlich meßbar, d.h. es wird Arbeit geleistet, da unter Einsatz des eigenen Könnens und Wissens notwendige Ursachen gesetzt werden, deren Ergebnis ansonsten von anderen Leistungsfähigen und Leistungswilligen "erkauft" werden müßte. Der durch die Arbeitskraft am Gegenstand ausgelöste Vorgang muß zwangsläufig zu einem Ergebnis führen, wobei es gleichgültig ist, ob diese Wirkung für den Arbeitenden selbst oder einen anderen bestimmt ist ²⁷⁾.

26) Hueck-Nipperdey, a.a.O., S. 35

27) Molitor, Wesen des Arbeitsvertrages, S. 10

Aus dieser Sicht heraus kann daher nicht der Auffassung SCHNEIDERS ²⁸⁾ gefolgt werden, der unter den Begriff "Arbeit" nur jene Tätigkeiten subsumiert, die den gesellschaftspolitischen Zweck erfüllen, die Befriedigung fremder Bedürfnisse zu ermöglichen. Es fragt sich nämlich, weshalb eine Tätigkeit nur deshalb keine Arbeit sein sollte, weil der hervorgebrachte Wert anderen Gesellschaftsmitgliedern vorenthalten wird, um eigene Bedürfnisse zu befriedigen. Mit dem Abstellen auf den gesellschaftlichen Zweck der Tätigkeit wollte SCHNEIDER aber sicherlich zum Ausdruck bringen, daß das Ergebnis einer Tätigkeit nur von der Gesellschaft "bewertet" werden kann.

Auf alle Fälle muß man für den Begriff der Arbeit fordern, daß die Tätigkeit nicht um ihrer selbst willen, sondern zur Erreichung eines über die Tätigkeit hinausgehenden Zwecks ausgeübt wird.²⁹⁾ Demnach sind das Malen eines Bildes, der Waldlauf am Sonntag morgen, das Besorgen des Schrebergartens und das Basteln im Hobbykeller dann keine Arbeit, wenn allein die Freude an der Ausübung der Tätigkeit den einzelnen zur Aktivität motiviert.

Eine Begriffsbestimmung muß immer vom Standpunkt eines objektiven Betrachters getroffen werden, d.h. man darf nicht darauf abstellen, wie der einzelne den Vorgang empfindet und wertet. Demnach umfaßt der Begriff "Arbeit" all jene Tätigkeiten, die nach allgemeiner Ansicht einen wirtschaftlich meßbaren Wert besitzen, weil dem einzelnen der Einsatz seiner körperlichen und geistigen Kräfte nur gegen einen angemessenen Ausgleich zugemutet werden kann. Unter den so ver-

28) Schneider, Arbeitnehmereigenschaft der Sportler, s. 33

29) Molitor, a.a.O., S. 7

standenen Begriff lassen sich daher nicht jene Tätigkeiten subsumieren, die nach allgemeiner Verkehrsanschauung um ihrer selbst willen, also aus Freude an der Tätigkeit selbst ausgeübt werden.³⁰⁾ Diese Tätigkeiten sind praktisch "wertneutral" und besitzen keinen Vergleichswert, da das Motiv zum Tätigwerden allein vom subjektiven Moment geprägt wird. Erst wenn hinter diesem freiwilligen Entschluß zum "wertneutralen" Schaffen ein gewisser Zwang (meist in Form der existenziellen Sicherung oder Ersparnis) steht, so kann es dem einzelnen nicht mehr zugemutet werden, ohne Wertausgleich tätig zu werden.

Resumierend ist somit festzuhalten:

Arbeit ist der planmäßige Einsatz der körperlichen und geistigen Kräfte zur Erreichung eines wirtschaftlich meßbaren Zwecks.

4) Sport als Gegensatz zur Arbeit?

Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch sind Sport und Arbeit zwei isolierte Bereiche der menschlichen Entfaltung. Dies ist zum einen auf den Ursprung des Sportbegriffs zurückzuführen, zum anderen auf die Tatsache, daß die Sportausübung in früheren Zeiten auf Bevölkerungsschichten beschränkt war, die genügend freie Zeit auf solche "spielerischen Tätigkeiten" verwenden konnten.³¹⁾ Diese pauschale Klassifizierung, basierend auf der Vorstellung vom "Sport nach Feierabend", kann angesichts der Entwicklung des modernen Sports keine generelle Gültigkeit mehr beanspruchen; denn aus der Abgrenzung der Bereiche Sport und Arbeit ist mittlerweile das Problem entsprungen, wann die rein sportliche

30) z.B. das Malen eines Bildes; Spaziergänge

31) Der Sportbrockhaus, S. 441

Leistung in Arbeitsleistung übergeht bzw. als solche gewertet werden muß.

a) Ursprung des Begriffs "Sport"

Der Ausdruck "Sport" entwickelte sich aus dem mittel-lateinischen "disportare" (sich zerstreuen, vergnügen) über das altfranzösische "desport" (Erholung, Zerstreung) zum englischen Wort "sport". Neben seiner Bedeutung als Sammelbegriff für die Leibesübungen versinnbildlicht das Wort "Sport" im Englischen heute noch die Begriffe "Vergnügen", "Spaß", "Zerstreuung", "körperliche Erholung" und symbolisiert ganz allgemein den Gedanken vom fairen Verhalten. Dieses englische Wort "sport" wurde 1828 von Fürst Pückler-Muskau in den deutschen Sprachgebrauch eingeführt und ist seither völlig eingedeutscht.³²⁾ Nach der Überwindung des lange herrschenden Gegensatzes zwischen Sport und Turnen - mit seinem besonders betonten musischen und erzieherischen Anliegen - setzte sich das Kurzwort erst Ende des 19. Jahrhunderts als Bezeichnung für wettkampfmäßig betriebene Leibesübungen durch und wird heute allgemein als jede dem Bereich des Spiels zugehörige, der Entspannung und Erholung dienende Betätigung verstanden.³³⁾

b) Wesen, Ziel und Zweck

Die kultische Bedeutung der Leibesübung und damit des Sports in seiner Gesamtheit ist heute meist verloren gegangen. Sinn des Sports ist die spielerische Erholung und die zweckfreie, freiwillige Anstrengung mit dem Ziel der Erhaltung der menschlichen Gesundheit und Leistungsfähigkeit.³⁴⁾

32) Sportbrockhaus, S. 441

33) Zech, Das große Lexikon des Sports, S. 474

34) Sportbrockhaus, S. 441

Damit stellt sich der Sport als eine Tätigkeit dar, die mehr oder weniger um ihrer selbst willen betrieben wird und die einen physischen und psychischen Ausgleich zum gewöhnlichen Arbeitsrhythmus mit sich bringt. Der Zweck einer derartigen Tätigkeit ergibt sich regelmäßig aus ihr selbst.³⁵⁾ Der Sport wird um der Freude willen betrieben, die er von sich aus gewährt, ohne daß andere Zwecke damit verfolgt werden.³⁶⁾ Die Tatsache, daß der Sport ein gewisses Maß an Selbstdisziplin, Selbstüberwindung aber auch an Durchsetzungsvermögen, Kampfgeist und rascher Entschlußkraft erfordert, zeigt den Bildungs- und Erziehungswert als Nebeneffekt, den zu erreichen Aufgabe des Schulsports ist.

Dieses Idealbild vom Wesen des Sports darf aber nicht dazu verleiten, an den Realitäten des modernen Sportbetriebes vorbeizublicken. Nicht zuletzt aufgrund ideologischer Gegensätze hat sich nämlich der Leistungsgedanke derart stark in den Vordergrund gedrängt, daß der eigentliche Sinn des Sports oft verloren gegangen ist.

c) Sport und Spiel

Bevor man das Verhältnis Sport - Arbeit untersucht, gilt es, die Stellung des Sports zum Spiel zu analysieren; denn das Spiel läßt sich weder aus dem Ernst noch aus der Arbeit ableiten. Wenn man also den Sport zum Spiel zählt, so könnte er unmöglich in Arbeit übergehen, da es sich beim Spiel um eine zweckfreie Tätigkeit mit eigener Gesetzmäßigkeit und Dynamik handelt. Im Spiel kommt der Drang des Menschen nach freier Entfaltung seiner schöpferischen Fähigkeiten zum Ausdruck;

35) Börner, aaO, S. 39

36) Das große Buch vom Sport, S. 14, 15, 32 ff

das Spiel ist spontane Handlung, lebendiger Impuls, mithin eine Tätigkeit, die lediglich aus Freude an dieser selbst geschieht, während die Arbeit zweckgerichtet ist und aus einer gewissen Notwendigkeit geboren wird.

Aufgrund der ähnlichen äußeren Erscheinungsform werden die Begriffe Sport und Spiel im allgemeinen Sprachgebrauch häufig ohne nähere Unterscheidung nebeneinander verwendet, ja sogar synonym behandelt.³⁷⁾ Die enge Verwandtschaft von Sport und Spiel zeigt sich darin, daß in vielen Sportarten für den Wettkampf der Ausdruck "Spiel" verwendet wird. So spricht man beispielsweise vom Handballspiel, Fußballspiel, Olympischen Spielen, Auswahlspielen, aber auch von Spielern, Spielerpässen und Spielkleidung. Bemerkt sei hier allerdings, daß der Begriff "Spiel" ausschließlich bei solchen Sportdisziplinen auftaucht, wo Mannschaften oder Einzelsportler um ein einziges Objekt "streiten", z.B. einen Ball, einen Puck oder eine Kugel. Im übrigen spricht man von Fahrern, Läufern, Fechtern, Boxern etc. Schon dieser Tatsache läßt die Entscheidung des Bundessozialgerichtes³⁸⁾ in einem anderen Lichte erscheinen. Wenn dabei der Fußballsport unmittelbar dem Bereich des Spiels zugeordnet wird, so erscheint diese Gleichstellung als zu weitgehend.³⁹⁾ Vielmehr ist hier eine differenzierte Betrachtungsweise angezeigt.

Wenn DIEM im Sport einen Teilbereich des Spiels sieht und damit diesem zuordnet,⁴⁰⁾ so geht er dabei von einem Idealbild aus, von dem sich der moderne Sport-

37) Hueck-Nipperdey, a.a.O., Band I, S. 35; BSGE 16, 96; Dietz-Nikisch, Arbeitsgerichtsgesetz, § 5 Anm. 12; vgl. auch Eppensteiner, Der Sport, S. 17: Sport gehört zum großen Lebensbereich des Spiels.

38) BSGE 16, 96, 100

39) so auch Börner, a.a.O., S. 40

40) Diem, Wesen und Lehre des Sports, S. 3 und 10

betrieb unter dem beherrschenden Gedanken des "citius, altius, fortius" immer mehr entfernt. Der Drang nach immer größeren Leistungen führte zu einer Systematisierung und Disziplinierung im Sport und dadurch zu einem Verlust des Spielgehalts. Die gezielte sportliche Betätigung erfordert einen regelmäßigen Aufwand für Vorbereitung und Training, während das Spiel gerade durch spontanes Handeln und die lustbetonte Befriedigung des Betätigungsdrangs charakterisiert wird. Darüberhinaus gilt es, im Sport die eigene Schwäche zu überwinden und durch Fleiß und Ausdauer die eigene Leistungsfähigkeit zu steigern. Wo also um Punkte, Plätze und Meisterschaften gekämpft wird, ist das sportliche Spiel heute so sehr zum Ernst geworden, daß man es streng genommen nicht mehr als Spiel bezeichnen kann. Durch das Heraustreten aus der Sphäre des Spiels wird der Sport zu einem Element sui generis.⁴¹⁾ Diese Erkenntnis gilt aber nicht nur für den bezahlten Sport, sondern auch für den reinen Amateursport, sofern er mit gewisser Regelmäßigkeit und dem Willen zur Leistung betrieben wird.

Trennt man die Begriffe "Sport" und "Spiel", so darf nicht verkannt werden, daß der gesamte Sport aus dem Spiel hervorgegangen ist und daher auch im Berufssport noch gewisse Bindungen zum Spiel bestehen.⁴²⁾ Dieser Feststellung bedarf es, um bei der Anwendung arbeitsrechtlicher Normen auf den bezahlten Sport darauf Rücksicht zu nehmen und dieser Entwicklung durch eine sinnentsprechende Interpretation der arbeitsrechtlichen Vorschriften Rechnung zu tragen.

41) Huizinga, Homo ludens, Vom Ursprung der Kultur im Spiel, S. 187 ff

42) Börner, aaO, S. 40

Auch wenn man heute den Sport als eine aus dem Spiel hervorgegangene, eigene soziale Erscheinungsform definiert, die mehr oder weniger körperliche Anstrengungen erfordert,⁴³⁾ so macht die Palette der Sportdisziplinen vom Fischen bis zum Boxen deutlich, daß der Begriff letztlich nur aus der Verkehrsanschauung bestimmt werden kann. So bezeichnet man allgemein jene Tätigkeiten als Sport, für die eine gewisse physische Fitness vorausgesetzt, verlangt oder durch ständiges Üben erreicht wird.⁴⁴⁾ Es wird aber auch niemand dem Reiten das Prädikat "sportlich" abstreiten, obwohl hier die Leistung des Pferdes weit mehr im Vordergrund steht als die des Reiters. Weiterhin werden die Hobbys Fliegen und Angeln unter Wettkampfbedingungen zum Sport, obgleich hier weniger die Leistung als vielmehr Glück, Konzentration, Gefühl und Material für die Verleihung eines sportlichen Attributes verantwortlich sind. Schließlich werden heute sogar Kegeln, Eisstockschießen und Schach in verschiedenen Wettkampfklassen betrieben, während diese Disziplinen bislang als Domäne feuchtfrohlicher "Herrenabende" galt und mit dem Skatspielen auf eine Ebene gestellt wurden.

Das zunehmende Problem der Freizeitgestaltung läßt immer neue Spiel- und Sportarten entstehen, wobei es oft lange Jahre dauert, bis neue Disziplinen auch tatsächlich als Sport anerkannt werden.

43) Börner, aaO, S. 41

44) z. B. Leichtathletik, Schwimmen, Skifahren, Fußball, Tennis etc.

5) Sport und Arbeit

Bevor man die Bereiche Sport und Arbeit gegeneinander abgrenzt bzw. das Ineinandergreifen dieser Begriffe untersucht, muß zunächst die Relevanz dieser Problematik geklärt werden. Innerhalb eines Arbeitsverhältnisses gibt es nämlich eine Unzahl von Tätigkeiten, deren Qualifikation als Arbeitsleistung man nicht deshalb in Frage stellt, weil die Tätigkeit zur Freude oder zur Erholung oder dergleichen ausgeübt wird. Diese Motive werden auch dem Sport zugeschrieben. Man könnte daher den Standpunkt vertreten, daß es auf die Frage, ob eine sportliche Betätigung überhaupt eine Arbeitsleistung darstellen kann, gar nicht ankomme, da im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses jede auch noch so geartete Leistung als Arbeit gewertet werden muß.

Dabei würde aber übersehen, daß nach allgemeiner Verkehrsauffassung der Sport eo ipso dem Lebenssektor Freizeit zugeordnet und damit dem Arbeitsbereich entzogen wird. Während also die meisten aller Tätigkeiten zunächst "wertneutral" sind und erst im Rahmen eines Dienst- oder Arbeitsvertrages als Arbeit gewertet werden, kategorisiert sich die sportliche Tätigkeit aus sich heraus.

Dies bedeutet:

Kann eine Tätigkeit von Beginn an dem Bereich des Sports zugeordnet werden, so ist sie bereits objektiv aus dem Arbeitsleben ausgeklammert. Lediglich unter ganz bestimmten Voraussetzungen - die nachfolgend näher untersucht werden sollen - ergibt sich eine Überschneidung oder gar Kongruenz beider Lebensbereiche.

Die Konsequenz dieser eben aufgestellten These besteht darin, daß beispielsweise eine ursprünglich "wertneutrale" Tätigkeit bei lediglich vierstündiger Ausübung pro Woche im Rahmen eines Dienst- oder Arbeitsvertrages zur Arbeitsleistung wird, während bei einer sportlichen Tätigkeit noch weitere wichtige Merkmale ⁴⁵⁾ hinzukommen müssen, um in eine Arbeitsleistung transformiert werden zu können.

a) Die Amateurregel

Für die Abgrenzung des Sports von der Arbeit könnte man versucht sein, auf die im sportlichen Leben übliche Trennung zwischen Berufs- und Amateursport abzustellen: Der Amateur betreibt Sport, der Profi leistet Arbeit. Eine Abgrenzung nach diesem Kriterium ist aber schon deshalb nicht möglich, da sowohl der Begriff des Amateurs, als auch der des Berufssportlers viel zu schillernd und ungenau ist.

Der "Amateurparagraph" 26 des Olympischen Komitees, den die einzelnen Sportverbände zur Grundlage ihrer divergierenden Amateurstatuten auswählten, läßt solche Sportler nicht mehr als Amateure gelten, die aus ihrer Sportausübung bzw. ihrer Teilnahme an Wettkämpfen einen finanziellen Nutzen ziehen. Damit wird der Coubertinschen Auffassung Rechnung getragen, nach der die sittlichen, kulturellen und erzieherischen Werte des Sports nur dann zur Geltung gelangen, wenn der Sport von wirtschaftlichen Interessen freigehalten werden könne. ⁴⁶⁾

45) z.B. zeitlicher Aufwand; aber auch die Abhängigkeit als selbständiges Merkmal des Arbeitnehmerbegriffs muß bereits bei Bestimmung der Arbeitsleistung für sportliche Tätigkeiten indizierend berücksichtigt werden.

46) vgl. Börner, Berufssportler als Arbeitnehmer, S.42

In dem Augenblick, wo der Sportler nicht mehr allein aus Freude am Sport trainiert und an Wettkämpfen teilnimmt, habe er die Berechtigung verloren, sich mit den "echten" Sportlern zu messen. Bei Gestaltung dieser Amateurregel mag der Gedanke der Chancengleichheit eine gewichtige Rolle gespielt haben. Der "Profi", der für seine sportlichen Vorführungen Geld erhält, ist frei von Existenzsorgen und daher fähig, täglich intensiver zu trainieren, seine Leistungskraft zu steigern und sich folglich einen Vorteil vor dem reinen Freizeitsportler zu verschaffen. Der Amateur wird dadurch vor die Wahl gestellt, unter Vernachlässigung seines tatsächlichen Berufs die sportliche Leistung kommerziell zu verwerten oder dem echten Beruf den Vorrang einzuräumen. Aus diesem Konflikt heraus läuft er Gefahr, das Interesse am Sport zu verlieren, da er unter Beibehaltung seiner bisherigen Existenzgrundlage keine Möglichkeit sieht, die Leistung des professionellen Konkurrenten zu erreichen. Gerade dadurch aber würde die Idee des Sports zerstört.

Diese traditionelle Unterscheidung zwischen Amateur und "Profi" stellt allein auf den materiellen Vorteil ab, sagt aber nichts darüber aus, ob der "Profi" Arbeit leistet, zumal zwischen Scheinamateuren und echten Berufssportlern wiederum zu differenzieren ist. Der "Profi" erhält zwar Spesensätze über der erlaubten Höhe, wird aber dadurch noch nicht notwendig zum Berufssportler. Darüberhinaus werden heute Spesen und Arbeitsausfallgelder von den Hütern des Amateursports bereits bis zu einer Höhe gestattet, von der echte Berufssportler manchmal nur träumen, so daß es sich vielfach lohnt, "Amateur" zu bleiben. Auch in Zukunft wird es nicht gelingen, durch noch so exakte Bestimmungen das Amateurlager und das Profilager auseinanderzuhalten; die Übergänge werden immer fließend sein und man neigt heute eher dazu, Wettbewerbe für alle Sportlergruppen zu

öffnen ⁴⁷⁾. Aus alledem erhellt, daß die Amateurregeln nicht dazu geeignet sind, den Sport von der Arbeit abzugrenzen; denn Kern des Problems muß die Frage der erbrachten Leistung, nicht des erlangten Vorteils sein.

b) Sport als Arbeit

Nach der herkömmlichen Ansicht sind die meisten Menschen zur Befriedigung ihrer materiellen und geistigen Bedürfnisse gezwungen, kontinuierlich eine erlernte und spezialisierte Dienstleistung gegen Entgelt zu erbringen, die vorwiegend von der Eignung und Neigung des Individuums bestimmt wird ⁴⁸⁾. Der so definierte Beruf wird erfüllt durch die Arbeitsleistungen, welche die Sicherung einer Versorgungs- und Erwerbschance gewährleisten sollen. Demnach arbeitet der Mensch, um die finanziellen Mittel zum Leben zu verdienen; diese Tätigkeit ist sein Lebenszweck und beansprucht den überwiegenden Teil seiner Zeit. Nach erbrachter Arbeit bleibt es dann dem einzelnen vorbehalten, durch sportliche Aktivität seine Freizeit zu gestalten. Dieses traditionelle Verhältnis vom echten Sport zur Arbeit scheint auch die Auffassung DIEMs geprägt zu haben. In seinem Werk "Weltgeschichte des Sports und der Leibeserziehung" ⁴⁹⁾ bezeichnet er den Berufssportler als Sünder des Sports, dessen Tätigkeit zwar sehr lehrreich sei, aber nicht mehr als Sport angesehen werden könne, da der Sinn des Sports nicht erreicht werde. Nach dieser idealistischen Betrachtungsweise schließen sich die Begriffe Sport und Arbeit gegenseitig aus.

47) so im Tennis und Eishockey, aber auch im Tischtennis, wo nur mehr zwischen Spielern ohne Vertrag und Professional mit Vertrag unterschieden wird.

48) Scharmann, a.a.O., S. 2

49) S. 747 und vgl. auch Diem, Wesen und Lehre des Sports, S. 26

Mittlerweile hat sich aber die gesellschaftliche Stellung des Sports, das Verständnis für den Sport und dessen Realitäten in einem Maße gewandelt, daß eine andere, modernere Auffassung notwendig erscheint.

Die Auswüchse im echten Berufssport schienen das Klischee der circensischen Schaustellung zu bestätigen. Die Diskreditierung beruhte vor allem darauf, daß dem zahlenden Zuschauer ein sportlicher Wettkampf nur vorgespielt wurde; durch Manipulation und Absprachen war der Ausgang einer Veranstaltung von Beginn an festgelegt, sei es, daß der Lokalmatador bevorzugt wurde ⁵⁰⁾ oder leistungsschwächere Teilnehmer, um auch ihnen ein garantiertes Jahreseinkommen zu sichern. Mit Konstituierung der Fußballbundesliga im Jahre 1963 hat sich das Verständnis für den offiziell gegen Entgelt ausgeübten Sport geändert. Zwar hat der Bestechungsskandal im Jahre 1971 das überkommene Klischeebild wieder lebendig werden lassen und das Vertrauen in einen "sauberen" Berufssport erschüttert; im allgemeinen erkannte aber auch dieser Berufszweig, daß dem zahlenden Zuschauer - von dem der Berufssport fast ausschließlich lebt - ein echter Wettkampf geboten werden muß. Des weiteren wird jeder Berufssportler durch finanziellen Anreiz zur Erbringung höchstmöglicher Leistung motiviert. Dies sollte auch im Berufssport wieder einen echten Wettkampf garantieren.

Aus diesem Grunde wird der idealistischen Vorstellung DIEMS in der Sportphilologie vereinzelt entgegengetreten. EPPENSTEINER ⁵¹⁾ weist darauf hin, daß der Berufsathlet, der sich seine sportliche Leistung offiziell entgelten läßt, die gleiche Wertschätzung

50) so auch heute noch oft bei Sechstagerennen im Radsport

51) Eppensteiner, Der Sport, S. 148, 150

genießen muß wie der Amateur, der durch geschickte Verschleierung "schwarze Gelder" für seine sportliche Leistung kassiert. Darüberhinaus lassen sich die Leibesübungen nicht aus dem Bezugssystem der Schau- stellung lösen; denn wie ein historischer Rückblick zeigt, reicht der Sport als Profession zurück bis in das 5. Jahrhundert v. Chr. ⁵²⁾. Es ist in der Tat nicht einzusehen, weshalb der Berufssport angeblich außerhalb des Sports stehen soll; es wäre geradezu unlogisch, hier eine Trennung vorzunehmen, da die Qualifizierung als Sport bereits in der Bezeichnung "Berufssportler" zum Ausdruck kommt. Die Verquickung wird noch aus anderer Sicht deutlich:

Beim Kampf um Punkte, Meter und Sekunden wird heute auch im Amateursport mit einem Ernst und einer Verbissenheit gekämpft, wobei des öfteren die körperliche Leistungsgrenze erreicht wird. Andererseits darf man beim Werdegang eines Professionals nicht vergessen, daß auch er einmal allein aus Freude am Sport selbst zum Training bereit war und mittlerweile das Angenehme mit dem Nützlichen verbindet. Auch gelten die für den Sport entwickelten Prinzipien und Regeln weiterhin, selbst wenn sie vielleicht nunmehr als "Berufsethos" bezeichnet werden.

Niemand wird behaupten wollen, daß die Tätigkeit des Malens an sich ihren Charakter verändert, nur weil der Künstler Geld dafür nimmt; auch spielt es für den Begriff der Musik keine Rolle, ob sie von einem Haus- musiker oder einem hochbezahlten Orchestermittglied gespielt wird, allenfalls die Qualität der Leistung mag unterschiedlich sein. Weshalb also sollten sport- liche Leistungen dadurch, daß sie gegen Bezahlung er- folgen, nicht mehr echter Sport sein?

52) Eichberg, Der Weg des Sports in die industrielle Zivilisation, S. 52

Es ist nicht gerechtfertigt, diese Leistung aus dem Bereich des Sports herauszunehmen, nur weil damit der Lebensunterhalt verdient wird.

Nicht das Problem, ob eine sportliche Leistung dem reinen Sport oder der Arbeit zuzuordnen ist, sondern die Frage ist entscheidend, wann eine sportliche Leistung auch zur Arbeitsleistung wird. Beim Berufssportler, der überwiegend durch den Sport seinen Lebensunterhalt verdient, überdecken sich Sport und Arbeit und werden dadurch kongruent. Bei den übrigen Sportlern taucht die Frage auf, wann sich für eine sportliche Tätigkeit die Bereiche Sport und Arbeit teilweise überschneiden.

c) Der Status des Vertragsspielers
als Ausgangsbasis

Als Vorgänger des heutigen Bundesligafußballers war der Vertragsspieler lange Jahre in Deutschland der einzige Sportler, der offiziell von seinem Verein bezahlt wurde, jedoch nicht als Arbeitnehmer galt. Nachdem man den Sport lange Zeit sich selbst überließ und gesellschaftspolitisch kaum Notiz von ihm nahm, hatte sich schließlich das Bundesarbeitsgericht mit dem bezahlten Fußball auseinanderzusetzen. Es galt die Frage zu klären, ob ein normaler Arbeitnehmer bei einer Arbeitsverhinderung durch einen Sportunfall die sechswöchige Gehaltsfortzahlung gem. §§ 616 BGB, 63 HGB, § 133 c GewO geltend machen könne. Das BAG ⁵³⁾ führte aus, daß eine Arbeitsunfähigkeit, die auf einem Sportunfall beruht, nicht als verschuldet angesehen werden könne. Anders sei es aber dann, wenn sich der Arbeitnehmer gegen Entgelt sportlich betätige.

53) Urteil vom 30.5.58, NJW 58, S. 1204

Es entspreche nämlich in diesem Falle der Billigkeit, daß derjenige, der aus dieser Tätigkeit seinen Nutzen zieht und für den sie ausgeübt wird, auch die wirtschaftlichen Folgen aus Sportunfällen zu tragen habe. Die Abwälzung des Risikos stünde sonst im Widerspruch zum Sinn und Zweck der Lohngeldfortzahlung und sei mit Treu und Glauben nicht vereinbar.

Mit dieser Entscheidung hat das BAG zwar dem finanziellen Nutzen aus der sportlichen Tätigkeit besonderen Wert beigemessen, jedoch fehlt eine Aussage, wie und ob der reine Sport vom "Sport als Arbeit" getrennt werden kann. Gleiches gilt, wenn man das Ergebnis des BAG mit MONJAU ⁵⁴⁾ damit begründet, daß eine Beteiligung am Sport gegen Entgelt nicht mehr im Rahmen der allgemeinen sportlichen Betätigung liegt und damit die Arbeitsunfähigkeit vom Arbeitnehmer verschuldet wurde.

Schon einige Jahre vor dem BAG hatte sich das OVG Münster ⁵⁵⁾ im Rahmen der Vergnügungssteuerpflicht mit den Vertragsfußballern zu befassen. In dieser Entscheidung galt es zu klären, wann eine Sportausübung berufsmäßig erfolgt. Das OVG sah die Entgeltlichkeit und die Gewinnerzielungsabsicht des Sportlers nicht als notwendiges Merkmal der Berufsmäßigkeit an. Vielmehr sei wesentlich und entscheidend, daß die sportliche Leistung in Erfüllung einer auf vertraglicher Dauerbindung beruhenden Verpflichtung geschieht. Damit trete der Sport über eine nur liebhabermäßig ausgeübte Tätigkeit hinaus. Mit dieser Aussage berührt das Gericht zwar nicht unmittelbar das Verhältnis Sport - Arbeit, jedoch lassen sich insofern nützliche Hinweise finden, als die berufsmäßige Ausübung einer Tätigkeit regelmäßig als Arbeit bezeichnet wird.

54) Monjau, Arbeitsrechtsblattei, Krankheit des Arbeitnehmers, IV Sportunfall

55) DVB1 51, S. 545

Zu einer Stellungnahme für das Verhältnis Sport und Arbeit sah sich schließlich das Bundessozialgericht ⁵⁶⁾ veranlaßt, als über die Krankenversicherungspflicht der Vertragsfußballspieler zu entscheiden war. Das BSG stellte fest, daß Betätigungen, die ihrer Erscheinungsform nach dem Sport und Spiel zugerechnet werden können, dann Arbeitsleistungen im arbeits- und sozialrechtlichen Sinne darstellen, wenn sie als Mittel zum Gelderwerb ausgeübt werden; damit werde ein wirtschaftlicher Zweck verfolgt, was als Merkmal der Arbeit gelte. Folglich sei der Vertragsspieler Angestellter seines Vereins und krankenversicherungspflichtig.

Mit dieser Entscheidung stand endlich fest, daß Sport auch Arbeit sein kann. Diesem Ergebnis ist voll und ganz beizutreten, jedoch verdient die Argumentation des BSG einige kritische Anmerkungen. Im Gegensatz zum OVG Münster stellt das BSG nämlich auf den subjektiven Willen des Sportlers ab, d.h. der Sport sei deshalb zur Arbeit geworden, weil er z u m Gelderwerb, also in Gewinnerzielungsabsicht ausgeübt wurde. Diese Auffassung konnte das Gericht wohl nur deshalb vertreten, weil der bestehende Vertrag und die sich daraus ergebenden Verpflichtungen ein sehr starkes Indiz für einen auf Gelderwerb gerichteten Willen des Sportlers darstellte. Gewöhnlich aber läßt sich das Motiv für eine sportliche Betätigung nicht ermitteln. Es mag der Reiz des Wettkampfes, die körperliche Er-tüchtigung, die Möglichkeit schöner Reisen oder ein gehobenes Sozialprestige für sportliche Ambitionen ausschlaggebend sein. Es ist daher fraglich, ob das BSG bei Fehlen eines Vertrages ebenso entschieden hätte. In diesem Fall könnte nämlich nicht festgestellt werden,

56) BSGE 16, S. 98 ff

ob der Sport als Mittel zum Gelderwerb ausgeübt wird oder ob die finanziellen Vorteile lediglich als angenehme Begleiterscheinung unter Verstoß gegen bestehende Amateurbestimmungen empfunden wird. Fraglich ist auch, ab welcher Summe der Sport als Mittel zum Gelderwerb und damit als Arbeit eingestuft werden kann, da dies vom BSG offen gelassen wurde. Leistet etwa der Fußballspieler eines kleinen Amateurevereins plötzlich Arbeit, weil er sich bereit erklärt, gegen ein monatliches Entgelt von 100.-- DM noch eine weitere Saison aktiv zu bleiben?

Im Grunde genommen zog das BSG folgenden Rückschluß: Nachdem mit der vertraglichen Verpflichtung gegen Entgelt die Kriterien für ein Arbeitsverhältnis vorgelegen hatten, mußte die sportliche Leistung als Erfüllung dieser Pflicht zwangsläufig eine Arbeitsleistung darstellen. Damit wird aber im Kern nur ein Arbeitsverhältnis aufgrund der äußeren Umstände bejaht. Der Vertragsabschluß bedeutet das Indiz für die Gewinnerzielungsabsicht, da der Sport gewöhnlich frei von Zwängen ist. Trennt man aber die Arbeit als Vorgang vom Arbeitsverhältnis als Rechtsbeziehung, so läßt sich dieser Rückschluß praktisch nicht mehr durchführen.

Schon vor der Entscheidung des BSGs qualifizierte SCHMIDT ⁵⁷⁾ eine sportliche Tätigkeit dann als Arbeit im wirtschaftlichen Sinn, wenn der Sporttreibende selbst ein wirtschaftliches Interesse an der Ausnutzung seiner sportlichen Tätigkeit hat und daher die wirtschaftliche Zweckbestimmung überwiegt. Die Schwäche des Abgrenzungskriteriums liegt auch hier in der Erforschung des subjektiven Moments. Aus diesem Grunde soll die Zahlung eines über die erlaubten Spesen hinausgehenden Entgelts als Indiz für die überwiegende wirtschaftliche

57) Arbeitsrechtsblattei, Sport I, A III

Zweckbestimmung gelten. Obwohl diesem Ergebnis zugestimmt wird, soll nochmals darauf hingewiesen werden, daß die "Amateurbestimmungen" für die Betrachtung des Verhältnisses Sport - Arbeit ungeeignet sind. Darüber hinaus wird die Gewinnerzielungsabsicht dann sehr zweifelhaft, wenn der Sportler - ohne es gefordert zu haben - vom Veranstalter der Wettkämpfe ein Entgelt erhält, weil alle übrigen Teilnehmer ebenfalls ein Startgeld erhalten haben.

d) Die bisher üblichen Abgrenzungskriterien und ihre Auswertung

Vergleicht man die geläufigen Abgrenzungskriterien für die Frage, wann Sport a u c h Arbeit sein kann, so wird deutlich, daß ihnen nur Indizienwert zukommen kann.

Auf das Merkmal des Spiels kann schon deshalb nicht abgestellt werden, weil sowohl im Amateursport, als auch im professionellen Sport spielerische Momente erhalten geblieben sind, wenngleich bereits der reine Amateursport vom reinen Spiel getrennt werden muß.⁵⁸⁾ Andererseits ist dem agonalen Amateursport das Spielmoment beinahe ebenso verloren gegangen, wie dem um Existenzsicherung bedachten Berufssport. Beide Aussagen widersprechen sich nicht, als nämlich das spielerische Moment und der Ernst in den häufig wechselnden Situationen des Wettkampfes sowohl vorhanden sind, als auch fehlen. Ein Tennis- oder Fußballspieler wird bei einem beruhigenden Vorsprung im Spielstand versucht sein, publikumswirksame "Traumbälle" zu placieren, während bei ausgeglichenem Kampf mit aller Macht um den Sieg gekämpft wird.

58) Huizinga, Homo ludens, S. 188

Bei berufsmäßiger Ausübung einer Tätigkeit wird regelmäßig eine Arbeitsleistung erbracht, d.h. ein Sportler leistet dann Arbeit, wenn er den Sport zu seinem Beruf erkoren hat. Dieser wird heute gemeinhin als möglichst kontinuierlich ausgeübte, vorwiegend auf Eignung und Neigung gegründete, erlernte und spezialisierte Dienstleistung gegen Entgelt zur Befriedigung materieller und geistiger Bedürfnisse definiert ⁵⁹⁾. Nachdem die Kontinuität als Merkmal des Berufs durch den Zwang zum Arbeitsplatzwechsel und zur Berufsumstellung vielfach paralysiert wird, ⁶⁰⁾ hat sich eine Wandlung des Berufsbildes vollzogen. Auch der kurzfristige Einsatz von Eignung und Neigung, die sogenannten "Jobs" sind heute vielfach als eigene Berufe anerkannt. Dieses neue Berufsverhältnis schließt aber nicht aus, daß auch der Leistungssportler Arbeit erbringt, da die berufsmäßige Ausübung für den Begriff der Arbeit nicht erforderlich ist ⁶¹⁾.

Der reine Sport ist frei von äußeren Zwängen. Verpflichtet sich jedoch ein Sportler vertraglich zur Erbringung sportlicher Leistung, so begibt er sich damit seiner Entscheidungsfreiheit; der Sport als Vertragserfüllung wird damit zur Arbeit. Die vertragliche Bindung ist zweifellos ein brauchbares Merkmal für den Übergang des reinen Sports zur Arbeit. Die Relativität dieses Kriteriums zeigt sich aber daran, daß einzelne Sportverbände die Nominierung von im Verband organisierten und daher nicht vertraglich gebundenen Sportlern für internationale Wettkämpfe und Meisterschaften von der Teilnahme an bestimmten nationalen Veranstaltungen und der Erreichung aufgestellter Leistungsnormen abhängig machen. Der Aktive wird dadurch faktisch gezwungen, durch regelmäßiges, intensives Training seine Leistungskurve auf jenes festgelegte Sportereignis auszurichten, um seine

59) Scharmann, Arbeit und Beruf, S. 2;

60) Scharmann, Arbeit und Beruf, S. 264;

61) Hueck-Nipperdey, a.a.O., S. 28 ff; Kaskel-Dersch, Arbeitsrecht, S. 22; Nikisch, a.a.O., S. 94;

bisherigen Anstrengungen nicht vergebens erbracht zu haben. Dieser faktische Zwang unterscheidet sich in seiner Relevanz kaum von der formellen Vertragsverpflichtung. Darüberhinaus wird sogar gelegentlich im Amateursport die Teilnahme an einem Wettkampf vertraglich zugesichert und durch das Versprechen einer Vertragsstrafe bekräftigt.

Vielfach wird geltend gemacht, daß mit der Arbeit ein bestimmter Zweck verfolgt werde, während der Sport dem Drang des Menschen nach zweckfreier Betätigung entspreche. Diese Differenzierung ist aber unbrauchbar; denn fast alle Tätigkeiten im Leben sind zielgerichtete, strategisch verfolgte Handlungen.⁶²⁾ Wenn der Sport auch meist aus Freude an der Sache selbst ausgeübt wird, so darf nicht übersehen werden, daß in ihm bisweilen ein Mittel zur Erreichung eines bestimmten Zwecks gesehen wird. Manche betreiben Sport zur Regenerierung, Stabilisierung und Gesundung des Herz- und Kreislaufsystems, andere versprechen sich durch sportliche Erfolge mehr Ansehen innerhalb der Gesellschaft und wieder andere sehen hier die Möglichkeit, durch Reisen zu den Wettkämpfen andere Menschen und Länder kennenzulernen.

Am häufigsten wird das wirtschaftliche Moment ins Felde geführt, wenn es zu klären gilt, wann der Sport in Arbeit übergegangen ist. Hier kann aber nicht auf die Einnahmen des Veranstalters abgestellt werden, da auch bei reinen Amateurwettkämpfen Einnahmen erzielt werden, die oft höher liegen als bei kleineren Berufssportveranstaltungen. Darüberhinaus versteht man unter Arbeit die Umsetzung der persönlichen Arbeitskraft in ein bestimmtes Arbeitsergebnis, gleichgültig, ob der

62) Lenk, Leistungssport in der Erfolgsgesellschaft
S. 25

Wert eines Produktes damit erhöht oder eine Dienstleistung erbracht wird. Es kommt also nicht darauf an, ob eine Tätigkeit von einem Dritten wirtschaftlich ausgenutzt wird, sondern allein die wirtschaftliche Verwertung durch den Handelnden selbst kann maßgebend sein.

Wird ein Sportler durch Erlangung finanzieller Vorteile zur Erbringung sportlicher Leistungen motiviert, so verfolgt er damit einen Zweck, den gewöhnlich zu erreichen die Arbeit im üblichen Sinne bestimmt ist. Der Erhalt von Entgelt kann aber nur ein Indiz für das unterstellte Motiv sein; denn es erscheint sehr zweifelhaft, ob ein Amateur, also ein Freizeitsportler deshalb Arbeit leistet, weil er anlässlich seiner Teilnahme an einem Wettkampf von seinem Verband oder Verein ein Fahrt- und Taschengeld erhält. Betrachtet man den Begriff der Arbeit unter dem Aspekt der Leistung, so erbringt wohl auch der Sportler eine Arbeitsleistung, der unentgeltlich hart trainiert, um später als Sportlehrer oder echter Berufssportler sein Geld zu verdienen. Wenngleich der Wunsch, Profi zu werden, heute fallende Tendenz aufweist,⁶³⁾ so ist er doch nach wie vor vorhanden. Wird der Sport im Hinblick auf dieses Berufsziel betrieben, so erfordert dies eine Bereitschaft zu Entbehrungen und finanziellen Einbußen. Wäre nicht eher hier der Begriff der Arbeit angebracht, nachdem die Freude am Sport selbst in den Hintergrund gedrängt wird?

Die Analyse der gängigen Abgrenzungsmerkmale macht deutlich, daß Sport gegen Entgelt, aufgrund Vertrages oder durch berufsmäßige Ausübung zwar regelmäßig in Arbeit transformiert wird, daß bei Fehlen dieser Merkmale aber oftmals der Arbeitscharakter dem Sport nicht abgesprochen werden kann und daß umgekehrt durch das Vorhandensein dieser Kriterien die Annahme einer Arbeitsleistung nicht zwingend wird. Dies gilt insbeson-

63) Höllein, "Berufssport wenig gefragt" in: Der Fußballtrainer, Heft 1/1975, S. 27

dere für den Bereich des Leistungssports, wo die Grenze zur Arbeit fließend und undurchsichtig wird. Anhand des selbstentwickelten Arbeitsbegriffes soll deshalb der Übergang des Sports zur Arbeit transparenter gemacht werden, was notwendig ist, will man die Regeln des Arbeitsrechts auf die Sportwelt übertragen.

6) Breiten-, Spitzen-, Berufssport

Gemeinhin ordnet man den Sport in Kategorien Amateur- und Berufssport. Diese grobe und idealistische Betrachtungsweise sieht im geldverdienenden Professional das Pendant zum Freizeitsportler, für den sich der Sport als physischer und psychischer Ausgleich zur täglichen Beanspruchung in der Arbeitswelt darstellt. Der Reiz des Sportes in seiner Gesamtheit liegt aber im Wettkampf oder doch zumindest in der Überwindung der eigenen Schwäche; damit ist die Leistung dem Sport immanent.

Die gesellschaftliche Anerkennung des Sports in jüngster Zeit eröffnete dem Spitzenkönnern die Möglichkeit, einen gehobenen Sozialstatus zu erreichen, wodurch der menschliche Leistungsdrang eine zusätzliche Motivation erfährt. Diese Aktualisierung des Leistungsmomentes im Amateursport zwingt zu einer veränderten Differenzierung. An Stelle der Alternative Amateursport/Berufssport tritt zunehmend die Dreiteilung: Breitensport - Leistungssport - Berufssport.

Diese Differenzierung wiederum verlangt die Schaffung von Fallgruppen, in welche der einzelne Sportler kategorisiert werden muß.

1. Gruppe: Die reinen Amateure

Hierzu zählen all jene Freizeitsportler, die in der sportlichen Betätigung einen körperlichen und geistigen Ausgleich zur Alltagsarbeit suchen. Sie sind noch reine Amateure, die den Sport um seiner selbst willen betreiben und die Freude an der Bewegung in den Vordergrund stellen. Um das Heer jener Idealisten noch zu vergrößern, bemühen sich die Verbände seit Jahren, durch Trimm-Aktionen, Volksläufe und Schaffung allgemein zugänglicher Sportstätten die gesundheitliche Notwendigkeit des Sports hervorzuheben. Breitensport heißt seit Jahren die Zauberformel, mit der man die Trägheit vieler Menschen zu überwinden hofft.

Ziel des Breitensports ist es, über alle Altersklassen und sozialen Gruppen hinweg den Gedanken des Sports wiederzuerwecken und die Allgemeinheit zu einer sinnvollen Freizeitgestaltung anzuregen. Damit aber wird die gesellschaftspolitische Zielsetzung des Breitensports deutlich.⁶⁴⁾ Sein Ziel ist es, möglichst viele Mitglieder der Gesellschaft körperlich zu ertüchtigen und menschlich zu vervollkommen. Aus dieser Sicht heraus wird klar, daß der Breitensport weder nach dem traditionellen, noch nach dem in dieser Darstellung vertretenen Arbeitsbegriff dem Bereich der Arbeit zugeordnet werden kann. Zum einen wird hier ein Zweck verfolgt, der sich in der sportlichen Betätigung selbst erschöpft; zum anderen ist dieser Bereich des Sports wertneutral, da er dem Individuum dient und sein Nutzen nicht in Geldwert umgesetzt werden kann. Mit seinem reichen Angebot an Übungsmöglichkeiten zielt der Breitensport auf eine aktive, gesundheitsfördernde Nutzung der arbeitsfreien Zeit.

64) vgl. Schneider, Arbeitnehmereigenschaft der Sportler, S. 15; Schneider dehnt diese Zielsetzung auf den gesamten Sport aus, versteht unter Sport aber nur den echten Amateursport.

2. Gruppe: Die anerkannten Berufssportler
Die Gruppe der anerkannten Berufssportler konzentriert sich auf eine kleine Schar von Spitzenathleten. Sie betätigen sich in einer Sportart vorwiegend zum Zwecke der Existenzsicherung. Den Begriff des modernen Berufssportlers kennt man, seit die Amateur ATHLETIC ASSOCIATION als erste nationale Organisation durch Festlegung des Amateurbegriffs bewußt eine Trennung zum Professional herbeiführte.⁶⁵⁾ Die für Training und Wettkampf verwendete Zeit, sowie die erbrachten Leistungen läßt sich der Berufssportler honorieren und benutzt die Popularität seiner Erfolge, den Sport von der Freizeitbeschäftigung in einen Beruf umzuwandeln. Damit wird der Sport aus dem Freizeitbereich herausgeschält und unter Einsatz der eigenen Fähigkeiten und Neigungen zum Gegenstand der Existenzsicherung aufgewertet. Vom Ausgleich gegenüber dem beruflichen Alltag entwickelte sich der Sport selbst zum Beruf. Zwar haftete diesem lange Zeit der Hauch der circensischen Schaustellung und Artistik an, doch verblaßte dieses Klischee mit Einführung des Professionalismus im Volkssport Fußball Ende des 19. Jahrhunderts. Heute ist der Sport als Beruf anerkannt und eröffnet hauptsächlich in den publikumswirksamen Disziplinen Fußball, Eishockey, Eiskunstlauf, Automobilrennsport, Radsport, Golf, Tennis und dem Reitsport ein lukratives Betätigungsfeld. Die Anerkennung dieses Berufszweiges ist zwangsläufig verbunden mit allen steuer-, sozial- und versicherungsrechtlichen Konsequenzen.

Wenn hier von Berufssportler die Rede ist, so sind nur jene Akteure angesprochen, die unmittelbar aus der Erbringung sportlicher Leistungen einen materiellen Gewinn ziehen. Diese eigentlichen Berufssportler im engeren Sinn sind von solchen Personen abzugrenzen,

65) Der Sportbrockhaus, S. 60

denen der Sport dadurch zum Beruf wird, daß sie mit seiner Hilfe eine Tätigkeit ausüben, die selbst nicht als Sport bezeichnet werden kann. Hier sind vor allem die Sportlehrer und Trainer zu nennen, die - sofern sie in einem Arbeitsverhältnis stehen - nicht zur Erbringung sportlicher Leistungen beschäftigt werden, sondern unter Voraussetzung ihrer sportlichen Fähigkeit in erster Linie Pädagogen sind. Zu dieser Gruppe der mittelbaren Berufssportler zählen aber auch die bezahlten Ring-, Schieds- und Kampfrichter, ohne die ein Wettkampf in den meisten Fällen nicht durchgeführt werden kann.

Zur Abrundung seien hier noch die Hilfskräfte des Sports wie Sportärzte, Masseure, Platzwarte genannt, denen aufgrund der sportlichen Betätigung anderer eine Erwerbsquelle eröffnet wird, ohne am sportlichen Geschehen selbst beteiligt zu sein.

3. Gruppe: Die bezahlten Hochleistungssportler
mit Amateurstatus

Zwischen den beiden erst genannten Gruppen sind jene Hochleistungssportler einzureihen, die sich weder ökonomisch noch in Bezug auf die erbrachte Leistung von den anerkannten Berufssportlern unterscheiden, nach außen aber mit dem Status der Amateureigenschaft versehen sind. Der Leistungssportler trainiert zielbewußt, um sich in regelmäßigen Wettkämpfen mit seinen Gegnern zu messen. Die Realisierung dieses Erfolgswillens verlangt naturgemäß einen größeren finanziellen und zeitlichen Aufwand für intensives Training und den Wettkampf. Auch heute noch dient dem Leistungssportler die in der Antike geprägte Zielsetzung "citius, altius, fortius" als Antriebsfeder. Die gesellschaftliche Anerkennung durch den Sport und die durch das Fernsehen

potenzierte Sportfaszination der Bevölkerung führte teils aus ideologischen, teils aus werbewirtschaftlichen Überlegungen zu Auswüchsen, die mit dem Geist des Sports kaum mehr in Einklang zu bringen sind. Umgeben von Technikern, Biologen, Chemikern und Computerspezialisten strebt der Sportler den absoluten Erfolg an. Dabei sind Trainingszeiten von 6 bis 8 Stunden keine Seltenheit ⁶⁶⁾ und dennoch spricht man hier noch von Amateursportlern, die aus Freude am Sport jene Entbehrungen und Strapazen auf sich nehmen. In der Praxis jedoch werden - vor allem bei publikumswirksamen Sportarten - 5- bis 6-stellige Geldsummen durch Staat, Verein, Gönner oder die Sportindustrie als Äquivalent gezahlt. Während der Spitzensportler hiervon seinen Lebensunterhalt zumindest teilweise bestreitet, werden derartige Praktiken natürlich geleugnet, um die Amateureigenschaft nicht in Frage zu stellen; an Beweisen wird es im Einzelfall meist mangeln. ⁶⁷⁾

Im Bereich des Leistungssports spricht man von Spitzensportlern dann, wenn sie aufgrund intensiver Vorbereitung herausragende Leistungen erzielen. Diese wenigen Ausnahmeathleten an der Spitze der Sportpyramide sind aufgrund des enormen zeitlichen Aufwandes auf derartige finanzielle Unterstützung geradezu angewiesen, und so gibt es heute kaum mehr einen Bereich des Hochleistungssports, der von den derzeitigen Gepflogenheiten ausgenommen werden kann. Die nach den jeweiligen Statuten illegalen Zuwendungen haben auch vor dem Leistungssport des mittleren und unteren Niveaus nicht zurückgeschreckt, wenngleich hier natürlich eine bestimmte Staffe lung vorgenommen wird.

66) vgl. für Turnen die Pres sennotiz in der Süddeutschen Zeitung vom 8.7.76; für Handball Pres sennotiz vom 30.6.76

67) siehe zuletzt im Handball "Fall Jaschke" Presse-notiz Süddeutsche Zeitung vom 27.9.76

Die Notwendigkeit finanzieller Sicherheit der Leistungssportler haben mittlerweile auch die Hüter der Amateurstatuten dazu veranlaßt, hinsichtlich der Aufwandsentschädigungen, Spesen und Gehaltsausfallzahlungen einen realistischeren Standpunkt einzunehmen. Auch die verantwortlichen Politiker haben längst erkannt, daß staatliche Sportpolitik und Sportförderung - Jahrzehnte im Kreuzfeuer der Meinungen - zur Gesellschafts- und Gesundheitspolitik gehören.⁶⁸⁾ Gleichwohl erhellt, daß ein Spitzensportler bei einem täglichen Trainingsaufwand von 6 bis 8 Stunden nicht von monatlich 400.-- DM der Stiftung Deutsche Sporthilfe⁶⁹⁾ leben kann, wenngleich diese Einrichtung als Nahtstelle zwischen Spitzensport und Gesellschaft eine wichtige Funktion erfüllt. Aufgrund der Geldzuwendungen werden diese Leistungssportler von manchen⁷⁰⁾ als Schein- oder Nichtamateure den echten Berufssportlern gleichgestellt. Dies ist aber nur zum Teil richtig und beruht auf der für die Abgrenzung Sport - Arbeit untauglichen Verwendung des olympischen Amateurbegriffs. Das aktuelle Sportgeschehen scheint dieser Auffassung neue Nahrung zu geben. So machten jüngst die italienischen Skifahrer Anzi und Besson geltend, sie seien Berufssportler und würden durch die Nichtnominierung für das A-Team seitens des italienischen Skiverbandes an der Ausübung ihres Berufes gehindert.⁷¹⁾

68) vgl. Pressemitteilung SZ vom 31.1.76 über die Sportdebatte im Deutschen Bundestag am 30.1.76;

69) private Einrichtung zur Förderung deutscher Spitzensportler durch Spenden;

70) Börner, a.a.O., S. 28; Schneider, a.a.O., S. 18;

71) vgl. Pressemitteilung Süddeutsche Zeitung vom 18.11.75

7) Gleichbehandlung der 2. und 3. Fallgruppe

Der anerkannte Berufsathlet der 2. Gruppe hat die Möglichkeit, seine sportliche Leistung als selbständiger Unternehmer ⁷²⁾ oder als Arbeitnehmer finanziell zu verwerten. Für die Relevanz arbeitsrechtlicher Regeln interessiert lediglich die 2. Alternative. Dann nämlich stehen sich die sportliche Leistung und die Entgeltzahlung wegen ihrer kausalen Verknüpfung als Hauptpflichten im synallagmatischen Verhältnis gegenüber.

Das Arbeitsverhältnis erschöpft sich aber nicht nur in Hauptpflichten, sondern umfaßt auch umfangreiche Obhuts-, Rücksichts- und Informationspflichten, die unter dem Oberbegriff der Treuepflicht zusammengefaßt werden. Für den Arbeitgeber verwirklicht sich dessen Nebenpflicht z.B. in der Lohnfortzahlung im Krankheitsfall, in der Abführung von Sozialbeiträgen, in der ordnungsgemäßen Unterhaltung der Wettkampfstätten und der Achtung der Gesundheit des Sportlers. Aber nicht nur der Arbeitgeber, sondern auch der Arbeitnehmer hat zahlreiche Nebenpflichten aus dem Arbeitsverhältnis zu erfüllen. So hat er beispielsweise taktische Anweisungen als Betriebsgeheimnisse zu hüten oder Krankheitsfälle rechtzeitig anzuzeigen.

Wegen der Eigenart der sportlichen Arbeitsleistung zählen beim abhängigen Berufssportler auch noch einige Sonderpflichten zum Arbeitsverhältnis. Erwähnt seien etwa die Pflicht zum sportlichen Lebenswandel; Teilnahme an medizinischen Untersuchungen; Verbot von anderen Sportarten, die nach allgemeinem Arbeitsrecht nicht zu den gefährlichen gehören, aber eine Verletzungsgefahr nach der Lebenserfahrung möglich ist;

72) z.B. Boxen oder Golf

sowie die Pflicht, für Öffentlichkeitsarbeit dem Arbeitgeber zur Verfügung zu stehen. Und wie stellt sich die Situation des Hochleistungssportlers dar, der nach außen lediglich vorgibt, den Sport um seiner selbst willen zu betreiben?

Auch hier stehen sportliche Leistung und finanzieller Vorteil in Relation, ja bedingen sich geradezu. Wenn auch die Vorteilsgewährung nicht immer Zug - um - Zug erfolgt, um nach außen den Entgeltscharakter zu verschleiern, so sind dennoch Leistung und Entgelt untrennbar miteinander verbunden und bilden die Hauptpflicht der gegenseitigen Vereinbarung. Auch die Nebenpflichten des bezahlten Hochleistungssportlers (Aufklärungs-, Obhuts-, Gehorsam-, Verschwiegenheitspflicht ect.) unterscheiden sich kaum von denjenigen, wie sie beim abhängigen anerkannten Berufssportler zu finden sind. Bei den Sonderpflichten wegen der Eigenart des Sports (z.B. Lebenswandel, medizinische Untersuchung, Verbot "gefährlicher" Sportarten) ergibt sich sogar nahezu eine Kongruenz.

Nachdem die tatsächliche Rechtsstellung des abhängigen anerkannten Berufssportlers und des bezahlten Hochleistungssportlers fast identisch ist, spricht alles dafür, die Sportler der Gruppe 2 und der Gruppe 3 im folgenden einheitlich zu behandeln. Dies setzt allerdings voraus, daß der bezahlte Hochleistungssportler tatsächlich mit dem abhängigen Berufssportler auf eine Stufe gestellt werden kann, was deshalb erst zum Gegenstand der nachfolgenden Erläuterungen gemacht werden muß.

IV. Sport als Arbeit

Was den anerkannten Berufssportler im engeren Sinn anbelangt, so wird deutlich, daß sich für ihn der Sport zur Arbeit entwickelte. Knüpft man an die gängigen Merkmale der Arbeit, so beruht diese Transformation darauf, daß der Profi den Sport zumindest für eine gewisse Zeit zu seinem Beruf erhebt, für seine Leistung ein Entgelt erhält und regelmäßig vertraglich gebunden ist. Beim letztgenannten Kriterium macht es keinen Unterschied, ob eine längerwährende Verpflichtung gegenüber einem bestimmten Arbeitgeber eingegangen wurde, oder ob der Sportler einem Unternehmer gleich nur für den Einzelfall mit dem jeweiligen Veranstalter einen Vertrag schließt.

Letztlich läßt sich die Qualifizierung des Berufssports als Arbeit auch aus dem hier vertretenen Arbeitsbegriff gewinnen. Seit jeher faszinieren sportliche Darbietungen die Zuschauermassen, sei es, daß sie die herausragende Leistung, die Ästhetik der Bewegung bewundern oder, daß sie - um den psychologischen Aspekt nicht unerwähnt zu lassen - die Begeisterung in der Anonymität der Masse zum Abbau ihrer Emotionen und Aggressionen ausnützen wollen. Vergleicht man die Berufssportveranstaltung mit einer Theateraufführung, so zeigen sich auffallende Parallelen in bezug auf Spannung und Unterhaltungswert. Das Interesse des Sportpublikums wird durch das entrichtete Eintrittsgeld ebenso belegt, wie durch das Bemühen der Fernsehanstalten, die Übertragungsrechte vom Veranstalter zu erwerben.

Bei der Entlohnung spielt das Prämiensystem eine wichtige Rolle. Gestaffelte Siebprämien sollen dem Berufssportler einerseits ein gewisses Mindestein-

kommen gewährleisten, andererseits aber auch zu Höchstleistungen anspornen. Verlockt von den lukrativen Geldpreisen richtet der Profi all sein Streben auf das Erklimmen der Erfolgsleiter, auf den absoluten Erfolg. Tag für Tag, Woche für Woche werden neue Wettkämpfe bestritten, Tournéen gestartet, um durch den Zulauf des Publikums die notwendigen Einnahmen zu sichern. Der Sport ist für den Profi zum Lebensinhalt geworden; er lebt für den Sport, mit dem Sport und durch den Sport, ordnet den gesamten Tagesablauf seiner Betätigung unter und kann den Wert einer erbrachten Leistung am Einkommen ablesen. Der Berufssportler übt den Sport nicht in seiner Freizeit aus, sondern er verwendet seine Zeit hauptsächlich zur Bestreitung von Wettkämpfen und das tägliche Training, um durch seine sportliche Leistung das Bedürfnis anderer zu befriedigen. Der für die Existenzsicherung notwendige Zeitaufwand überdeckt sich mit dem für den Sport verwendeten Tagesabschnitt. Die Tätigkeit wird dadurch wirtschaftlich meßbar und zur Arbeit im wirtschaftlichen Sinne, da er für andere bzw. deren Unterhaltung ausgeübt wird. Dies schließt natürlich nicht eine gewisse Freude an der sportlichen Betätigung aus, da es glücklicherweise viele Menschen gibt, die in ihrer Arbeit Freude und Erfüllung finden. Ohne den inneren Ansporn der Freude an der Leistung, des sachlichen Erfolges oder eines gesunden Ehrgeizes würden nämlich in keinem Beruf hervorragende Leistungen möglich sein.⁷³⁾

Nunmehr soll geklärt werden, ob auch der Leistungssportler der Fallgruppe 3 Arbeit leistet. Mit der Annahme von Geld mag zwar ein Verstoß gegen olympische Normen vorliegen; ob allerdings der Sport dadurch zur Arbeit wird, darüber wird keine Aussage getroffen.

73) OVG Münster, DVBl 1951, S. 545

Bisher untersuchte man die soziologische Beziehung zwischen Leistungssport und Arbeit vor dem Hintergrund einer idealistischen Amateurregel. Bei der gegenwärtigen Spezialisierung und Leistungsoptimierung kann dieses Ideal aber meist nur von finanziell unabhängigen Privatiers bzw. - am Rande der Legalität des Amateursports - von Soldaten, Polizisten und Sportstudenten verwirklicht werden. Die Sportgeschichte zeigt, daß die Amateurregel auf mangelhafter Analyse der historisch gesellschaftlichen Voraussetzungen und Konsequenzen des Sports beruht, daß sie nicht eingehalten wurde, nicht eingehalten wird, innerhalb der gegebenen Systeme nicht eingehalten werden kann und insofern fragwürdig ist.⁷⁴⁾ Auch RIGAUER verzichtet auf die übliche Trennung anhand der Amateurbestimmungen, da der Mythos vom reinen Amateur im Hochleistungssport längst zur bloßen Ideologie geworden sei.⁷⁵⁾ Er qualifiziert den Berufssport als besondere Form des Leistungssports und stellt diesen gesamten Komplex dem Gesundheits- und Breitensport ohne Leistungsorientierung gegenüber.⁷⁶⁾ RIGAUER aktualisiert damit die Diskussion über die strukturelle Affinität von Arbeit und Sport, die von PLESSNER⁷⁷⁾ und HABERMAS⁷⁸⁾ inspiriert wurde. Die Kernthese wird folgendermaßen fundamentiert: Der Sport und die Arbeit weisen gleiche Strukturelemente auf, wodurch sich soziologische Zusammenhänge zwischen Leistungssport und Arbeit nachweisen lassen. So besteht

74) Eichberg, Der Weg des Sports in die industrielle Zivilisation, S. 53/54

75) Rigauer, Sport und Arbeit, S. 59

76) Rigauer, a.a.O., S. 25;

77) Plessner, Spiel und Sport in: Sport und Leibes-
erziehung, S. 17 ff;

78) Habermas, Soziologische Notizen zum Verhältnis
von Arbeit und Freizeit in: Sport und Leibes-
erziehung, S. 28 ff;

z. B. eine Parallelität von Rationalisierungsmaßnahmen und Verwissenschaftlichung in beiden Bereichen. Darüberhinaus weisen die komplexen Arbeits- und Trainingsmethoden eine wiederholende Verrichtung und wechselnde Belastungen auf, die Kennzeichen sowohl der Arbeit als auch des modernen Trainings sind. Letztlich sei der Leistungssportler in seiner Dispositionsfreiheit ebenso eingeschränkt wie der Arbeiter; beide produzieren sie eine Leistung und setzen dies in (quasi-)materielle Werte zur eigenen Existenzsicherung um. Der Sportler verkörpert seinem Können entsprechend einen spezifischen Marktwert und verkehrt sich als Träger knapper und nachgefragter Merkmale selbst in eine Ware. Solche Warenverhältnisse treffen aber nicht nur auf den echten Berufssport zu, sondern auch auf den Hochleistungsamateursport, wenngleich hier die Marktregeln öffentlich tabuliert werden.

Abgesehen von der strukturellen Vergleichbarkeit verweist auch die dem Leistungssport eigene Sprache auf formale und inhaltliche Zusammenhänge, als sie nämlich explizit den Arbeitsbegriff sowie arbeitsaffine Termini verwendet. So spricht man in der sporttheoretischen Literatur von "Aufwärmearbeit", "Schnelligkeitsarbeit" und "Kraftarbeit"; ⁷⁹⁾ beliebig ließe sich dieser Katalog fortführen. Die moderne Trainingslehre erklärt offen, daß Leistungssport bzw. das Training "eine die Freizeit stark erfüllende planmäßige Arbeit für die Erreichung des freiwillig gewählten Ziels ist." ⁸⁰⁾

79) Internationale Arbeitstagung "Kondition", in: Deutscher Leichtathletikverband 1958, S. 58 u. 79/81

80) Deschka, Trainingslehre und Organisationslehre des Sports, S. 6

Mit dieser These der Vergleichbarkeit von Leistungssport und Arbeit revolutionierte RIGAUER das bisherige Sportverständnis. Auch KRÜGER ⁸¹⁾ will die innere Strukturähnlichkeit von Sport und Arbeit für den nichts mehr Zufälligkeiten Überlassenden Spitzensport beachtet wissen, da der Arbeitsprozeß und der Trainingsprozeß denselben Prinzipien von Rationalität, Ökonomie und Wirtschaftlichkeit unterlägen. Im Gegensatz zu RIGAUER sieht KRÜGER im Leistungssportler aber einen Kleinunternehmer, da ihm die Produktionsmittel gehören, er eigene Initiative besitzt und das Leistungsmaß selbst bestimmt. ⁸²⁾ Er gibt aber zu erkennen, daß es sich dabei nur um ein Denkmodell handelt; denn die wirtschaftliche Abhängigkeit von der Stiftung Deutsche Sporthilfe dränge die selbstbestimmte unternehmerische Eigenleistung in einem solchen Maße zurück, daß sich die Parallelen von Sport und Lohnarbeit aufdrängen. Damit aber begibt sich KRÜGER auf RIGAUERS Ebene.

Nach JÜNGER ⁸³⁾ trägt der Leistungssport Arbeitscharakter dadurch, daß er die freie Bewegung des Spiels dem Bann der Uhren und Rekorde unterwirft. Er bringe daher auch keine Erholung, sondern setzt die Arbeit fort. Das trete auch darin zutage, daß sich einerseits Meßverfahren, andererseits Geldgeschäfte an ihn anschließen.

BRUNS ⁸⁴⁾ bemängelt, daß bei einem derartigen Ver-

81) Krüger, Der Leistungssportler als Kleinunternehmer, in: Leistungssport 1972, S. 211

82) dagegen VON KROCKOW, Der Leistungssportler als Kleinunternehmer? Die Grenze einer Analogie, in: Leistungssport 1972, S. 382; wollte man den Leistungssportler als Unternehmer qualifizieren, so überschritte man damit die Grenze der Analogiefähigkeit.

83) Jünger zitiert in LEHNEN, Der Verein, S. 134

84) Bruns, Zur Kritik der neuen Linken am Sport, in: Leistungssport in der Erfolgsgesellschaft, S. 187

ständnis vom Arbeitsbegriff die motivationale Ebene völlig unberücksichtigt geblieben sei. Das Motiv des Sportlers zur Erbringung von Höchstleistungen sei psychologisch auszuwerten und lasse sich nicht vergleichen mit der Bereitschaft zur existenzsichernden Arbeit. Dieser Kritik ist entgegenzuhalten, daß die Erforschung der subjektiven Einstellung für eine Begriffsbestimmung untauglich ist, da dieser individuelle Bereich sehr vielschichtig und schwer zu bestimmen ist.

LENK ⁸⁵⁾ leugnet zwar nicht die äußeren Ähnlichkeiten zwischen dem Ablauf mancher industriellen Arbeitsgänge und manchen sportlichen Darbietungen; aber auch er will - wie BRUNS - die psychologischen "Erlebniskategorien" mehr in den Vordergrund rücken. Die Bereitschaft des Athleten zur Leistung schließt nicht Lust aus, sondern meist gerade ein; er unterzieht sich einem strapaziösen Training, weil er die Leistung selbst will, weil er sich dazu entschieden hat. Diese Freiwilligkeit der Leistung als Erlebniskategorie bilde aber das Hauptmerkmal für die Trennung zwischen Arbeit und Sport.

Ähnlich argumentieren auch die Teilnehmer einer Fernsehdiskussion, in der Akkordarbeiter und Leistungssportler ihren Standpunkt bezüglich der Vergleichbarkeit ihrer unterschiedlichen Tätigkeiten vertraten. ⁸⁶⁾ Der Leistungssport werde meist nur wenige Jahre betrieben, wobei die Freiwilligkeit im Vordergrund stehe; unter diesem Aspekt müsse eine Kongruenz verneint werden.

85) Lenk, Leistungssport: Ideologie oder Mythos? S. 28 ff, ebenso, Leisten können ohne Leisten zu müssen, in: Der Fußballtrainer Heft 2/1975, S.29

86) Sendung des ZDF vom 15.12.75, "Tagesausflug: Leistungssportler treffen Arbeitnehmer."

In der Kontroverse über die Arbeitsaffinität des Leistungssports wird von den Kritikern Rigauers die freiwillige Leistungsbereitschaft so sehr betont, da man den Begriff der Arbeit mit dem Zwang der Existenzsicherung assoziiert und damit die Begriffe Arbeit und Beruf vermengt. Wenn sich aber der 10.000-Meter-Läufer im Training und Wettkampf über diese Distanz quält und oft die physische Leistungsgrenze erreicht, so geschieht dies ebenso "freiwillig", wie der Handwerker sein eigenes Heim "freiwillig" erbaut oder seinen Garten winterfest macht. Betrachtet man unter dem Eindruck der Olympiaden die Realitäten des Hochleistungssports, ⁸⁷⁾ so führt der in dieser Untersuchung vertretene Arbeitsbegriff im Ergebnis zur Bejahung von Rigauers Thesen. ⁸⁸⁾

Der Spitzensportler, der täglich bis zu 6 Stunden oder mehr trainiert, an Lehrgängen seines Verbandes teilnimmt und für die Teilnahme an Wettkämpfen die finanziellen Nachteile unbezahlten Urlaubs auf sich nimmt, verschreibt sich voll und ganz dem Hochleistungssport, weil er auf diese Weise in die Annehmlichkeit schöner Reisen kommt, eine gewisse Popularität genießt und nicht schlecht dabei verdient, solange er von Wettkampf zu Wettkampf hetzt. Mit zunehmendem Alter wird sich der Athlet dann seiner Berufsausbildung widmen und den Sport nur mehr "aus Spaß" betreiben. Solange er aber seinen gesamten Lebensrythmus dem Leistungssport unterordnet, wird dieser für ihn zur - oftmals angenehmen - Arbeit.

87) eine besondere Form des Leistungssports, bei der die herausragende Leistung im Vordergrund steht, also Leistungssportler auf nationaler Ebene.

88) vgl. auch Pressenotiz Südd. Zeitung vom 5.8.76

Gewinnt der Athlet wirklich aus der Tätigkeit selbst Freude, wenn er täglich die gleichen Übungen stur absolviert oder in bestimmten Zeitabständen Zentnerlasten zur Hochstrecke bringt? Ganz abgesehen von den finanziellen Zuwendungen besteht von der Tätigkeit her gesehen kein Unterschied mehr zwischen dem Berufs- und Hochleistungssportler, wenn man den Zeitaufwand und die erbrachten Leistungen vergleicht. Ähnlich der Eingliederung in der gewöhnlichen Arbeitswelt wird der einzelne Leistungssportler als Individuum sogar noch weit mehr in den Hintergrund gedrängt, als da nämlich aerodynamisch getestetes Material, Serviceleute mit Spezialkenntnissen, "Blutwäsche", Anabolikas sowie autosuggestive Behandlungsmethoden der Psychologen das traditionelle Sportverständnis verkehren. Letztlich kämpft hier nicht mehr der einzelne Athlet um seinen persönlichen Erfolg, sondern die Industrie um Marktanteile ⁸⁹⁾ und Ideologien um das Prestige einer Nation.

Die wirtschaftliche Meßbarkeit des Hochleistungssports zeigt sich schon daran, daß Siege und Rekorde wie bei den Professionals entsprechend honoriert werden, sei es durch illegale Gelder, leistungsorientierte Ausfallentschädigungen oder durch Einräumung zahlreicher Privilegien, wie dies in Ostblockstaaten der Fall ist. Damit besitzt die sportliche Leistung einen Wert, der Sportler selbst einen Marktwert, der sich in Gewährung von Handgeldern und fiktiven

89) resultierend aus der Leitfunktion des Leistungssports für den Breitensport

Berufspositionen ausdrückt. Des weiteren wird der Arbeitscharakter des Hochleistungssports ersichtlich, wenn man die sportliche Leistung in Relation zum zeitlichen Aufwand setzt.

Gewöhnlich muß ein Arbeitnehmer täglich 8 Stunden seiner gewählten Beschäftigung nachgehen, um seine Lebensgrundlage zu sichern. Für den Fall, daß die sportliche Aktivität zu Lasten der gewöhnlichen Arbeitszeit betrieben wird, teilen sich beide Tätigkeiten den zur Existenzsicherung notwendigen Tagesabschnitt in einem gewissen Verhältnis, z.B. Arbeit von 8 Uhr bis 13 Uhr, Sport von 14 Uhr bis 18 Uhr bedeutet ein Verhältnis von 5:4 und dient als Grundlage für die Berechnung der Lohnausfallentschädigung durch den Sportverband oder andere Organisationen.⁹⁰⁾ Durch diese Relation wird der Sport an der Arbeit gemessen und erhält dadurch seinen wirtschaftlichen Vergleichswert. Ein derartiges Überschneiden von Arbeit und Sport im Verlauf eines Tages oder gar das vollständige Ausfüllen eines Tages durch Training und Wettkampf⁹¹⁾ trifft man allgemein nur im Spitzensport an; damit reduziert sich Rigauers These nur auf diesen Sonderbereich des Leistungssports.

Der Generalsekretär des Deutschen Sportbundes legte auf dem ersten DSB-Trainerseminar nach den olympischen Spielen von Montreal in Ronneburg/Hessen ein Sportkonzept vor, in dem für den Leistungssportler

90) Die Nationalmannschaft des deutschen Handballbundes hat sich bereit erklärt, an 90 Tagen im Jahr = 1/4 des Jahres absolut für Auswahlspiele und nötige Vorbereitungen zur Verfügung zu stehen, vgl. Pressenotiz Südd. Zeitung vom 20.12.75

91) so z. B. bei Eiskunstlauf und Skifahren

ein eindeutiges Berufsbild und die Anerkennung als voll integriertes, sozial gesichertes und leistungsgerecht bezahltes Mitglied der Gesellschaft gefordert wird. Der Grund für diesen Umdenkungsprozeß wird zu Recht darin gesehen, daß sportliche Höchstleistungen sich nur noch mit einem Aufwand erreichen lassen, der einer vollständigen Berufsausbildung gleichkommt. 92) Auch der Präsident des Deutschen Sportbundes warnte auf der DSB-Hauptausschußsitzung vom 16./17.10.76 vor einer falschen Idealisierung des Sports; denn Spitzensportler seien zu vergleichen mit "Politikern, Managern, Künstlern und allen anderen Menschen, die ihren Tag nicht nach acht Stunden bemessen." 93)

Diese Überlegungen bundesdeutscher Sportfunktionäre zeigt, daß eine Neuorientierung des Sports zur Erreichung seines gesellschaftspolitischen Stellenwertes erforderlich ist, aber nur schwer in die Tat umgesetzt werden kann.

Als Ergebnis bleibt festzuhalten:
Der Spitzen- oder Hochleistungssport ist ebenso Arbeit wie der echte Berufssport.

92) vgl. Pressenotiz Südd. Zeitung vom 29.9.76

93) vgl. Pressenotiz Südd. Zeitung vom 18.10.76

V. Das entscheidende Merkmal der Arbeitnehmereigenschaft nach der Eingliederungs- und Vertragstheorie

Für den Begriff des Arbeitnehmers ist die Leistung von Arbeit zwar notwendig, für sich allein aber noch nicht ausreichend. Die Auseinandersetzung über die Begründung und das Wesen des Arbeitsverhältnisses zwischen der Eingliederungs- und Vertragstheorie prägt auch den Begriff des Arbeitnehmers, ohne mit jener Streitfrage identisch zu sein.

Nach NIKISCH ⁹⁴⁾ verpflichtet sich der Arbeitnehmer im Arbeitsvertrag nicht zur Leistung von Arbeit, sondern in den Dienst des Arbeitgebers zu treten, sich in dessen Betrieb oder Haushalt einordnen zu lassen, ihm seine Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen, damit der Arbeitgeber davon zu seinen Zwecken Gebrauch machen kann. Diese eingegangene Dienstverpflichtung werde damit erfüllt, daß der Arbeitnehmer seine Stelle antritt und vom Arbeitgeber eingestellt wird. Die Arbeitspflicht sei lediglich eine Folge der Einstellung mit dem Inhalt, anfallende Arbeiten zu verrichten und Weisungen zu befolgen. Dieser zweigliedrige Arbeitnehmerbegriff von Nikisch verlangt neben der Arbeitsleistung also lediglich eine Abhängigkeit, die durch freiwillige Einordnung in den Arbeitsbereich des Arbeitgebers begründet werde.

Die Gegenmeinung und herrschende Lehre ⁹⁵⁾ erachtet jene Personen als Arbeitnehmer, die aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages oder eines ihm gleichge-

94) Nikisch, "Dienstpflicht - Arbeitspflicht" in: Festschrift für Nipperdey, S. 65 ff, 73

95) Hueck-Nipperdey, a.a.O., S. 34 m.w.N.

stellten Rechtsverhältnisses im Dienste eines anderen zur Arbeit verpflichtet sind. Über die Konstruktion eines faktischen Arbeitsverhältnisses wird der Mangel eines fehlerhaften Vertrages beseitigt und die rechtliche Stellung des Arbeitnehmers nicht berührt, sofern die beiden Parteien von einer gegenseitigen Bindung durch den Vertrag ausgingen. Gleichgültig sei, ob der Arbeitnehmer gegen Lohn beschäftigt werde, berufsmäßig tätig sei, nur einen Nebenberuf ausübe und von welcher Art seine Tätigkeit sei. Dieser dreigliedrige Arbeitnehmerbegriff verlangt neben der Arbeitsleistung einen privatrechtlichen Vertrag ⁹⁶⁾ und eine persönliche Abhängigkeit in Form der Gehorsamspflicht.

Die Eingliederung in die Betriebsgemeinschaft mag regelmäßig mit der Begründung der Arbeitnehmereigenschaft einhergehen; ein begriffsnotwendiges Merkmal kann dies jedoch nicht sein, da trotz Eingliederung eine Arbeitnehmerstellung oftmals nicht vorliegt (z.B. Gesellschafter) und umgekehrt auch ohne Eingliederung ein abhängiges Arbeitsverhältnis nicht ausscheidet (z.B. Kraftfahrer). ⁹⁷⁾ Überdies würde man den Realitäten der arbeitsrechtlichen Praxis nicht gerecht, würde man die vertragliche Pflicht zur Arbeitsleistung und die daraus folgende Weisungsgebundenheit durch eine bloße Pflicht zum Eintritt in den Betrieb oder Haushalt des Arbeitgebers ersetzen. Beide Parteien wollen den Arbeitsvertrag nämlich als Instrument benutzen, das individuellen Abreden zur Rechtswirksamkeit

96) zum Ausdruck der Freiwilligkeit und zur Abgrenzung von anderen Personengruppen, die trotz abhängiger Arbeit nicht dem Arbeitsrecht unterstehen. z.B. Beamte, Familienangehörige

97) Hueck-Nipperdey, a.a.O., S. 43; Nipperdey-Mohnen-Neumann, Der Dienstvertrag, S. 1107; s.a. Schmidt, Zur Frage der Arbeitnehmereigenschaft der Vertragsspieler, AuR 1961, S. 329

verhelfen soll. Für den weiteren Verlauf der Abhandlung wird deshalb der dreigliedrige Arbeitnehmerbegriff der Vertragstheorie zugrunde gelegt.

Bevor also die Frage der persönlichen Abhängigkeit des Leistungs- und Berufssportlers geklärt werden kann, muß zunächst untersucht werden, inwieweit eine rechtliche Verpflichtung zur sportlichen Tätigkeit im Einzelfall besteht; denn im Prinzip ist dem Sport eine Verpflichtung wesensfremd.

VI. Verpflichtung zur sportlichen Tätigkeit

1) Anerkannter Berufssport - Bindung und Pflichten

Im anerkannten Berufssport werden die gegenseitigen Rechte und Pflichten regelmäßig vertraglich fixiert. Der Umfang der sportlichen Leistungspflicht wird darin ebenso festgehalten, wie die Summe des vereinbarten Entgelts.

Boxen

Der Berufsboxer verpflichtet sich einem Veranstalter gegenüber nur zur Bestreitung eines bzw. mehrerer Kämpfe. Durch die Vereinbarung einer Garantiebörse wird das Risiko der Veranstaltung meist vom Veranstalter getragen. Hinsichtlich der individuellen Kampfvorbereitung und Gestaltung des Wettkampfes orientiert sich der Boxer jedoch an den Anweisungen und Ratschlägen seines persönlichen Trainers oder Betreuers.

Fußball

Der bezahlte Fußball kennt heute nur mehr den Begriff des Lizenzfußballspielers. Er ist durch einen Vertrag auf Zeit an seinen Verein gebunden und steht diesem als Spieler zur Verfügung. Die Modalitäten der Entgeltszahlung sind im Vertrag ebenso geregelt, wie zahlreiche Sonderpflichten.⁹⁸⁾ Die enge Bindung zu seinem Arbeitgeber wird für den Fußballspieler dort ersichtlich, wo der Wechsel des Arbeitsplatzes nach Auslaufen des Vertrages an die Freigabeerklärung seitens des bisherigen Arbeitgebers geknüpft wird, was wiederum von der Zahlung einer Ablösesumme abhängt.

Reiten

Der Besitzer eines Pferdes oder eines Reitstalles zahlt einem Jockey in der Regel ein Entgelt dafür, daß die Pferde versorgt und durch regelmäßige, gezielte Trainingsarbeit auf den Wettkampfeinsatz vorbereitet werden. Das Risiko des Erfolges trägt der Pferdehalter; denn nur Siegprämien können die angefallenen Unkosten zumindest teilweise kompensieren.

Eislauf

Die Eisrevuen in aller Welt sind permanent bestrebt, die besten Eiskunstläufer mit hohen Gagen zu bewegen, sich vertraglich an das Unternehmen zu binden. Diese Eisartisten werden dann Mitglieder eines Ensembles und tragen im Rahmen eines Show-Programms zur Attraktion der gesamten Veranstaltung bei. Die eingegangene Verpflichtung zur Darbietung der sportlichen und künstlerischen Fertigkeiten umfaßt meist eine längere Tourneeserie, wobei das finanzielle Risiko vom Unternehmer getragen wird.

98) z.B. medizinische Untersuchungen, Trainingslager
Öffentlichkeitsarbeit;

Radsport

Der Radsport kennt unterschiedliche Arten der eingegangenen Verpflichtungen. So beschränkt sich die Pflicht zur sportlichen Leistung für den Teilnehmer eines Sechstagerrennens nur auf diesen Zeitraum. Während dieser Zeit ist er dem Veranstalter verpflichtet, für das vereinbarte Startgeld am Renngeschehen teilzunehmen und eine Gesamtleistung zu erbringen. Dies schließt selbstverständlich nicht aus, daß in einem Vertrag mit dem gleichen Veranstalter mehrere Startverpflichtungen in mehreren Rennen eingegangen werden. Von der Betreuung des Aktiven vor und während des Rennens bleibt der Veranstalter grundsätzlich ausgeschlossen, sofern im Vertrag hierüber keine Sonververeinbarungen getroffen worden sind.

Vielfach verpflichtet sich der Berufsradfahrer gegenüber einer Firma, für einen bestimmten Zeitraum als Mitglied der Firmenmannschaft an Radrennen teilzunehmen. Die Stellung innerhalb der Mannschaft, die Verteilung der erkämpften Prämien und das Gehaltsgefälle der einzelnen Mitglieder sind regelmäßig Gegenstand der getroffenen Vereinbarung. Ausschlaggebend sind hierfür die bisher errungenen Erfolge des einzelnen, seine Leistungsfähigkeit und Routine. Wird eine Firmenmannschaft unterhalten, so obliegt Versorgung, Organisation und technischer Ablauf der geschickten Regieführung des - ebenfalls von der Firma eingesetzten - Rennleiters oder Teamchefs. Er bestimmt, an welchen Rennen die Mitglieder der Mannschaft teilzunehmen haben und er erteilt auch die taktischen Anweisungen, die über Erfolg und Mißerfolg entscheiden sollen.

Neben der Verpflichtung zur sportlichen Leistung schließt der Berufsradfahrer vielfach eigenständige Verträge mit Firmen ab, deren Ziel es ist, exklusiv ihre Produkte auf Trikotagen etc. zu publizieren. Seine Funktion als Werbeträger läßt sich der Radprofi natürlich entsprechend honorieren. Diese Werbeverträge begründen aber keine eigenständige Pflicht zur sportlichen Leistung, sondern setzen diese voraus.

Motorsport

Im Motorsport sind ähnliche Maßstäbe anzusetzen wie beim Radsport. Auch hier stehen die Fahrer als Mitglieder einer Werksmannschaft der Firma für Werbezwecke zur Verfügung. Der Inhalt ihrer vertraglichen Verpflichtung besteht darin, diejenigen Wettkämpfe zu bestreiten, die vom Sponsor oder der Firma bestimmt werden. Derartige Bindungen umfassen regelmäßig eine oder mehrere in sich abgeschlossenen Rennsaisons, so daß eine vorzeitige Änderung der vertraglichen Rechtsbeziehung nur durch einverständliche Vertragsaufhebung eintreten kann. Sofern sich die Bindung zur Firma nicht in der Pflicht zur Teilnahme an Test- und Wettrennen erschöpft, sondern auch noch für die firmeneigenen Produkte geworben werden soll, handelt es sich um vertragliche Nebenpflichten, die meist gesondert vergütet werden. Schließt der Werksfahrer daneben Werbeverträge für firmenfremde Produkte ab, so handelt es sich wieder um eigenständige Verträge, die keine Pflicht zur sportlichen Leistung begründen sondern voraussetzen.

2) Sport im Verein - Bindung und Pflichten

Eine Verpflichtung kann nur im Rahmen eines Rechtsverhältnisses begründet werden. Wer einen Waldlauf absolviert, mit seinem Partner einen Tennisplatz mietet, ein öffentliches Schwimmbad besucht oder mit sportbegeisterten Kollegen wöchentlich dem Fußball nachjagt, der kann seine Entscheidung über das "ob" seiner sportlichen Aktivität vollkommen frei fällen; denn vor Abschluß des privatrechtlichen Benützungsvertrages über die Sportanlage existieren keine rechtlichen Beziehungen, welche die Frage der sportlichen Betätigung zum Gegenstand haben.

Dieses Bild erfährt aber eine Wandlung, wenn man sich vor Augen führt, daß ca. 25 % der deutschen Bevölkerung in Sportvereinen organisiert sind und bis zum Jahre 1980 mit einem weiteren Mitgliederansturm gerechnet werden kann.⁹⁹⁾ Die freiwillige Eingliederung in eine Sportorganisation wird geprägt von dem persönlichen Kontakt der Mitglieder als soziologisches Merkmal des Vereins. Auch die Möglichkeit des Wettkampfsports und die Verfolgung geselliger (sozial verbindender) Ziele sind kennzeichnend für die Organisation des Sportwesens in Vereinen.¹⁰⁰⁾

Über den Erwerb der Mitgliedschaft in einem Verein enthält das BGB keine Vorschriften. Es ist aber für eingetragene Vereine in § 58 Nr. 1 BGB bestimmt, daß in der Satzung der Eintritt geregelt werden soll. In der Praxis bedeutet dies, daß die Mitgliedschaft in einem Verein - außer durch Beteiligung am Grün-

99) Quanz, Sport im Verein, S. 22

100) Lenk, Materialien zur Soziologie des Sportvereins. S. 10;

dungsvertrag - durch das Gesuch und die anschließende Aufnahme seitens des Vereins begründet wird. Dieser Vorgang stellt einen personenrechtlichen Vertrag auf Begründung der Mitgliedschaft dar, ¹⁰¹⁾ ohne aber einen gegenseitigen Vertrag im Sinne des Schuldrechts zu verkörpern. Das freiwillige, personenrechtliche Verhältnis ¹⁰²⁾ zwischen dem Verein und seinen einzelnen Mitgliedern umfaßt die gesamte körperschaftliche Beziehung. ¹⁰³⁾ Als Ausfluß dieser Beziehung stehen dem einzelnen Mitgliedsrechte zu; von größerer Bedeutung für die Lösung des anstehenden Problems sind jedoch eventuelle Pflichten, wobei zwischen vermögensrechtlichen (Beitrag) und persönlichen Pflichten unterschieden werden muß. Mangels einer gesetzlichen Regelung kann eine Pflicht zur sportlichen Betätigung bzw. eine Mitgliedschaftspflicht nur durch ausdrückliche Verankerung in der Satzung begründet werden, insbesondere für Pflichten, welche die Freiheit der Mitglieder beschneiden. ¹⁰⁴⁾ Mithin kann die persönliche Pflicht zur Teilnahme an der Verwaltung oder an Pflichtversammlungen ebenso in der Satzung verankert sein, wie die Pflicht, an Veranstaltungen des Vereins (z.B. Fußballspiel oder Skirennen) teilzunehmen, ¹⁰⁵⁾

101) BGH Bd. 28, S. 134; BayObLG 1959, S. 463;
Palandt Anm 1 zu § 38 BGB;

102) das Verhältnis zum Verein hat keinen, jedenfalls keinen vorrangig vermögensrechtlichen Aspekt;

103) Reichert-Dannecker-Kühr, Handbuch des Vereins- und Verbandsrechts, S. 78;

104) Reichert-Dannecker-Kühr, a.a.O., S. 93;

105) Heini, Die Vereine, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. 2, S. 551;

wenngleich letzteres praktisch kaum der Fall sein wird.

In aller Regel sind auch für den im Verein organisierten Freizeitsportler vereinsseitig die Zeiten der Übungsstunden und der Wettkämpfe vorgeschrieben. Damit steht für ihn aber keine unmittelbare rechtliche Verpflichtung zur Teilnahme an Übungsstunden und Wettkämpfen in Zusammenhang, selbst dann nicht, wenn er sich dem Verein zur Mitwirkung an einem sportlichen Wettkampf zur Verfügung stellt oder die Zusage gibt, regelmäßig am Training teilzunehmen. Die Beziehung des Sportlers zu seinem Verein beruht in diesen Fällen allein auf seiner Mitgliedschaft und wird nur durch seine sportlich freiwillige Disziplin geprägt. ¹⁰⁶⁾ Zur Begründung der Arbeitnehmereigenschaft muß die Verpflichtung zur sportlichen Tätigkeit aber in jedem Fall auf einem Arbeitsvertrag beruhen.

Diese Differenzierung wird dann verständlich, wenn man die Position des jeweils Verpflichteten betrachtet. Der durch einen privatrechtlichen Vertrag Verpflichtete steht dem Berechtigten *g e g e n ü b e r*; wer sich hingegen als Vereinsmitglied den durch Satzung manifestierten Pflichten unterwirft, steht dem "berechtigten" Verein nicht gegenüber, da er selbst Teil und damit Träger des freiwilligen Zusammenschlusses ist. Er rückt damit in eine dem Vorstandsmitglied einer AG oder dem Gesellschafter einer juristischen Person vergleichbare Stellung. Diese natürlichen Personen unterliegen keiner fremden Befehlsgewalt, sondern sind selbst willensbildendes Organ der Gesellschaft - wenngleich in ihrer Selbständigkeit durch andere Organe eingeschränkt - und zählen daher nicht zu den eigentlichen Arbeitnehmern. ^{106a)}

106) Schmidt, Arbeitsrecht-Blattei, Sport I, B II;

106a) Zur herrschenden Lehre, wonach Organe juristischer Personen regelmäßig nicht zu den eigentlichen Arbeitnehmern zählen, vgl. Hueck-Nipperdey, Band I, S. 90, Anmerkung 7;

Fehlt es somit am Wesen des Austauschvertrages, bedeutet diese Feststellung, daß Ordensleute, Diakone und Mitglieder von Produktionsgenossenschaften organisatorisch eingegliederte Arbeit im Rahmen und aufgrund ihrer Mitgliedschaft in einem Verein leisten, ohne den Arbeitnehmerbegriff zu erfüllen.¹⁰⁷⁾ Gleiches gilt auch für Spitzensportler, sofern ihre sportliche Tätigkeit allein auf der Mitgliedschaft in einem Sportverein beruht,¹⁰⁸⁾ wobei natürlich die Möglichkeit nicht ausgeschlossen wird, daß Vereinsmitglieder neben den sich aus Satzung oder Beschlüssen der Mitgliederversammlung ergebenden Verpflichtungen noch einzelvertragliche Pflichten übernehmen, die kein Bestandteil der Mitgliedschaft sind. In diesem Falle müssen aber vereinsrechtliche und arbeitsrechtliche Bindungen streng auseinander gehalten werden. Mitgliedschaftsrechte und -pflichten finden nämlich nicht ohne weiteres Eingang in das Arbeitsverhältnis. Eine vertragliche Koppelung beider Rechtsverhältnisse stößt aber auf Bedenken, "da es dem Wesen des Arbeitsvertrages widerspricht, ihn mehr oder minder zwangsweise mit vereinsrechtlichen Bestimmungen, insbesondere Disziplinarordnungen, zu verbinden".¹⁰⁹⁾ Nur ausnahmsweise überlagern sich die arbeitsrechtliche und die vereinsrechtliche Treuepflicht mit der Folge, daß Verstöße mitgliedschaftsrechtlicher Art gleichzeitig und unmittelbar auch das Arbeitsverhältnis berühren.

Im Ergebnis ist festzuhalten:

Der Spitzensportler kann nur dann als Arbeitnehmer angesehen werden, wenn seine sportliche Leistung nicht allein auf der Mitgliedschaft im Sportverein, sondern auch auf einer selbständigen, privatrechtlichen Vereinbarung beruht.

107) Schneider, Arbeitnehmereigenschaft der Sportler S. 54; Hueck-Nipperdey, a.a.O., S. 46; Nikisch, a.a.O., Band I. S. 120;

108) Schneider, a.a.O., S. 54;

109) Börner, a.a.O., S. 59;

3) Die Sonderstellung der Spitzensportler im Verein

Das öffentliche Prestige eines Sportvereins hängt wesentlich vom Erfolg seiner Wettkämpfer ab. Die Spitzenathleten nehmen daher eine Sonderstellung im Verein ein. Zum einen identifizieren sich die Mitglieder mit den Erfolgen ihrer Sportler; auf der anderen Seite ist sich der Spitzensportler seines Leistungsvermögens bewußt und erkennt, daß der Ruhm des Vereins von ihm abhängt. So entwickelt mancher Elitesportler gegenüber den anderen Vereinsmitgliedern ein "Elitebewußtsein" in der Überzeugung, er allein stütze entscheidend den Verein. Eigentümlich ist, daß die meisten Wettkämpfer einen Start für ihren Verein nicht als Wert oder Ehre anerkennen, daß sie aber dennoch Ansprüche stellen, weil S I E ja den Verein repräsentieren. Manche Spitzenathleten drohen ihrem Verein sogar mit dem Austritt, wenn ihnen keine persönlichen Vorteile eingeräumt werden. 110)

Die Praxis des Sportwesens weist genügend Beispiele dafür auf, daß sich Vereine und Verbände die sportlichen Leistungen von Aktiven durch finanzielle Zuwendungen oder berufliche Möglichkeiten sichern. Hierbei werden im Bereich des offiziellen Berufssports die gegenseitigen Rechte und Pflichten in einem offenen Vertrag zwischen Profi einerseits und Verein oder Veranstalter andererseits festgelegt. Bei Streitigkeiten aus dem Vertrag entscheiden dann die ordentlichen Gerichte unter Zugrundelegung der privatrechtlichen Vereinbarung.

Im Bereich des leistungsbezogenen Amateursports werden hingegen andere Wege gewählt, wobei sich insbesondere die Gemeinnützigkeit eines Sportvereins als steuerrechtliches Hindernis für Sonderzuwendungen

110) Lenk, Materialien zur Soziologie des Sportvereins, S. 119

finanzieller Art erweist; auch vereinsrechtlich stieße die Bezahlung einzelner Mitglieder aus dem Vereinsvermögen auf Bedenken, sofern eine sportliche Leistung honoriert werden soll, deren Erzielung der eigentliche Zweck des Vereins ist. Mit Recht wird hier zum Schutz der Beitrag zahlenden Mitglieder ¹¹¹⁾ einem finanziellen Mißbrauch durch den Verein vorgebeugt.

4) Faktische Rechtspflicht zur sportlichen Leistung

Die Forderung und Leistung finanzieller Zuwendungen muß zwangsläufig mit einer Pflicht zur sportlichen Tätigkeit verquickt sein. Wie aber erreicht man diese Bindung des Sportlers an den Verein oder Verband?

Vereinzelte Vereinbarungen gemäß § 241, § 305 BGB zwischen dem Sportler und einer Privatperson geschlossen. ¹¹²⁾ Darin verpflichtet sich der Gönner oder Sponsor, monatlich bzw. in vereinbarten Zeitabständen einen bestimmten Geldbetrag aus eigenen Mitteln an den Aktiven zu zahlen, wenn dieser seinerseits bereit ist, dem Verein für sämtliche Wettkämpfe zur Verfügung zu stehen. Ein derartiger Vertrag zugunsten Dritter ¹¹³⁾ wird besonders bei echten Mannschaftsdisziplinen mit einer regelmäßigen Bindungszeit von ca. 3 Jahren geschlossen, da sportliche Ziele vielfach erst nach einer längeren Phase der Planung und des Aufbaus erreicht werden können. Einen vorzeitigen Vereinswechsel soll die Vereinbarung einer Vertragsstrafe verhindern; ebenso soll durch ein Verbot für potentiell gefährliche Sportarten die

111) durch die einbezahlten Beiträge wird dem Verein erst die finanzielle Basis geschaffen

112) vor allem im Tennis bedient man sich dieser Verpflichtungsmöglichkeit

113) über dessen Zulässigkeit vgl. Nipperdey-Mohnen-Neumann, Der Dienstvertrag, S. 1249;

die Verletzungsgefahr ausgeschaltet und der geplante Einsatz des Sportlers nicht gefährdet werden. Der Gönner seinerseits kann sich gegen einen Verstoß der Abmachung nur schützen, indem er den vereinbarten Betrag in Raten auszahlt bzw. eine Zurückbehaltung geltend macht. Insgesamt gesehen wird dieses Rechtsverhältnis von einem besonderen gegenseitigen Vertrauen geprägt.

Soll hingegen die Zuwendung unmittelbar durch den Verein erfolgen, so gewährt man nach Leistung gestaffelte "Trainingszuschüsse" aus dem Sportetat. Aber auch in diesem Fall ist damit die Verpflichtung verbunden, alle für den Verein wesentlichen Wettkämpfe zu bestreiten. Sollte der Sportler während der gesamten Saison nicht zur Verfügung stehen, so gilt die Rückzahlung des Zuschusses als vereinbart; etwas anderes mag bei krankheitsbedingtem Ausfall gelten. ¹¹⁴⁾

Wird ein Aktiver aufgrund seiner herausragenden sportlichen Leistung in die nationale Auswahlmannschaft berufen und bestreitet er in der Hauptsache internationale Wettkämpfe für seinen Nationalverband, ¹¹⁵⁾ so muß sich der Verband im Interesse einer allgemeinen Materialausrüstung seiner talentierten Nachwuchskräfte durch die Sportindustrie und im Hinblick auf die hohen Kosten für Unterhalt, Verpflegung und Versorgung der Aktiven die Dienste seiner Spitzenathleten sichern. Dies geschieht in der Regel durch eine Verpflichtungserklärung mit dem Inhalt, daß der Aktive an allen Trainings- und Wettkampfmaßnahmen gemäß Anweisung teilnimmt, ebenso an medizinischen Untersuchungen während der Vorbereitungsperiode; des weiteren ist entsprechend einem vorgegebenen Trainingsplan zu Hause selbständig zu trainieren und den Anweisungen der

114) für Eishockey vgl. Pressenotiz SZ vom 7.1.76

115) z.B. Skifahrer für DSV, Handballer für DHB;

Trainer Folge zu leisten. Diese Verpflichtungen zusammen mit den bei einem Verstoß drohenden Disziplinarmaßnahmen läßt sich der Sportler andererseits durch eine Entschädigungsvereinbarung honorieren. 116)

Äußerst problematisch ist schließlich die Praxis, eine gut dotierte berufliche Position an die sportliche Betätigung in einem bestimmten Verein zu koppeln. In diesem Fall würde ein Vereinswechsel oder sportliches Desinteresse sicherlich einen vom tatsächlichen Arbeitgeber anderweitig begründeten Kündigungsgrund schaffen; denn der Arbeitgeber ist in Wahrheit an einem Mittelstürmer für seinen von ihm protegierten Verein interessiert und rechnet nicht damit, den Sportler in der von diesem beanspruchten Berufsposition einzusetzen.

In allen diesen Fällen wird die sportliche Leistung zumindest auch in Erfüllung der eingegangenen Verpflichtung erbracht, wobei die drohende Rückzahlung der vereinbarten Gelder oder der Verlust einer lukrativen Berufsposition der Verpflichtung noch Nachdruck verleihen. Dieses Verhalten erfüllt bereits die zweite Voraussetzung des Arbeitnehmerbegriffs, nämlich die Pflicht zur sportlichen Leistung. Unbeachtet für die vorliegende Untersuchung bleiben hier Einzelvereinbarungen des Sportlers mit den Ausstattungsfirmen der Sportindustrie, da in jenen Fällen lediglich der exclusive Gebrauch bestimmter Sportartikel vereinbart wird, die sportliche Aktivität jedoch stillschweigend vorausgesetzt wird.

Als mögliches Arbeitsverhältnis interessieren grundsätzlich die Rechtsbeziehungen Sportler/Verein und Sportler/Verband. In diese Überlegungen muß aber auch das Verhältnis Sportler/Mäzen einbezogen werden, da die Leistung nicht notwendig an den Vertragspartner

116) vgl. für Handball Pressenotiz Südd. Zeitung vom 20.12.75; für Skifahren SZ vom 2.4.76;

erbracht werden muß, sondern der Arbeitsvertrag auch als Vertrag zugunsten Dritter im Sinne der §§ 328 ff BGB gestaltet sein kann. ¹¹⁷⁾

Im heutigen Sportwesen entwickelten sich die aufgezeigten Gepflogenheiten zu einer weit verbreiteten Erscheinung. Dabei bewegen sich Aktive und Funktionäre bzw. private Gönner auf einer juristisch kaum abgesicherten Ebene, denn eine vertragliche Verpflichtung besitzt nur dann den ihr zugedachten Wert, wenn sie mit Hilfe eines Gerichts realisiert werden kann. Gerade dies erscheint aber bei derartigen "Sportverträgen" sehr fraglich.

Läßt man einmal den echten Berufssport außer Betracht, so wird sich nur selten eine der beteiligten Parteien auf die getroffene Vereinbarung offiziell berufen. Zum einen existieren oft nur mündliche Abreden, die zu Beweisschwierigkeiten im Prozeß führen; andererseits werden steuerliche Konsequenzen befürchtet und schließlich droht ein Konflikt mit den Amateurstatuten des jeweiligen Sportverbandes. Bisweilen wird also noch dem vereinbarten Auszahlungsmodus eine die Rechtsbeziehung regulierende Wirkung zugedacht, jedoch macht man sich heute bereits auf Verbandsebene Gedanken über die Schaffung von Vertragssportlern, ¹¹⁸⁾ um die steuerrechtlichen und versicherungstechnischen Probleme in den Griff zu bekommen und den "grauen Markt" zu bekämpfen. Angesichts des erheblichen finanziellen Hintergrundes scheint es wünschenswert, die gegenwärtig diffuse Rechtssituation zugunsten einer klaren und offiziell durchsetzbaren Rechtslage zu erhellen. Die angestellten Überlegungen zeigen aber auch, daß das derzeitige Problem einer "Sportarbeit" erkannt wurde und einer befriedigenden Lösung bedarf.

117) vgl. Nipperdey-Mohnen-Neumann, Der Dienstvertrag, S. 1249;

118) vgl. im Handball Pressenotiz Südd. Zeitung vom 24. und 26.4.76; im alpinen Skisport Pressenotiz Südd. Zeitung vom 23. und 27.4.76; im Eishockey Pressenotiz Südd. Zeitung vom 7.1.76;

Mit der sportlichen Legalisierung der derzeitigen Situation durch Schaffung von Vertragssportlern erklimmt man aber gleichzeitig jene Stufe, die dem heutigen Berufsfußballsport vorausging. Auch in jenem Fall wurde die Arbeitnehmereigenschaft von den Gerichten ¹¹⁹⁾ erst als Ergebnis einer lange währenden Streitfrage bejaht, nicht jedoch ohne die Frage der Abhängigkeit zu klären.

5) Dienstvertrag - Werkvertrag

Untersucht man die rechtliche Verpflichtung zur sportlichen Tätigkeit, so taucht zwangsläufig die Frage der Qualifizierung auf, die letztlich in die Unterscheidung zwischen Dienst- und Werkvertrag mündet. Nur der Dienstvertrag nach § 611 BGB eignet sich als Grundlage für ein abhängiges Arbeitsverhältnis und damit zur Begründung der Arbeitnehmereigenschaft. Hinsichtlich der Abgrenzung beider Vertragstypen kommt es entscheidend darauf an, wozu sich der Sportler im Einzelfall verpflichtet. Eine obligatio zum sportlichen Erfolg, d.h. zum Sieg im Wettkampf, würde dem Wesen des agonalen Sports widersprechen; darüber hinaus liegt bei Mannschaftssportarten der Ausgang eines Wettstreits nicht allein in der Macht des einzelnen Sportlers. Da aber die Ungewißheit über den Ausgang einer Begegnung dem Charakter des Wettkampfes immanent ist, kann sich ein Sportler regelmäßig nur dazu verpflichten, sich nach besten Kräften einzusetzen. Aus diesem Grunde sind derartige Verpflichtungsvereinbarungen in der Regel als Dienstvertrag zu qualifizieren.

119) BSG Band 16, S. 98 ff; Landessozialgericht Rheinland-Pfalz, Urteil vom 10.7.64, nicht veröffentlicht, Az L 3 U 111/63;

VII. Leistungserbringung im Dienste eines anderen

Dieses dritte Merkmal des Arbeitnehmerbegriffs zählt neben der Abgrenzung zwischen Sport und Arbeit mit zu den wichtigsten Abgrenzungsfragen für das vorliegende Thema; denn das Arbeitsrecht kann nur dort Geltung beanspruchen, wo der Tätige in fremdem Dienst steht und damit den Arbeitnehmerbegriff der arbeitsrechtlichen Dogmatik erfüllt. Gerade für diese Fälle nämlich hat sich das Arbeitsrecht als Sonderrecht im Laufe der geschichtlichen Entwicklung herausgebildet.

1) Abhängigkeit

Das Reichsarbeitsgericht ¹²⁰⁾ sah lange Zeit in der persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit die entscheidenden Kriterien des Arbeitnehmerbegriffs. Erst nachdem VON GIERKE ¹²¹⁾ deutlich machte, daß im Arbeitsverhältnis die Persönlichkeit im Mittelpunkt steht, wurde vom Reichsarbeitsgericht das Merkmal der wirtschaftlichen Abhängigkeit fallen gelassen. Heute sieht die ganz überwiegende Meinung im Arbeitsverhältnis ein durch schuldrechtlichen Vertrag begründetes, personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis. ¹²²⁾ Vor diesem Hintergrund wird nunmehr allgemein die persönliche Abhängigkeit in Form der Weisungsbundenheit als maßgebend erachtet, ¹²³⁾ wobei manchmal

120) RAG Band 13, S. 311; S. 469; S. 470; S. 480;

121) von Gierke, Deutsches Privatrecht, 3. Band, Schuldrecht, S. 593;

122) vgl. Hueck-Nipperdey, a.a.O., S. 129 m.w.N.; heute teilweise bestritten, siehe Palandt Anm. 1 e vor § 611 BGB m.N.;

123) Hueck-Nipperdey, a.a.O., S. 41; Dersch-Volkmar, Arbeitsgerichtsgesetz, § 5 Rdn. 21; Bundesverwaltungsgericht AP Nr. 4 zu § 611 BGB; BAG zuletzt in SAE 1974, S. 67; vgl. auch Albrecht, Zur Abgrenzung zwischen abhängiger Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit in: Die Sozialversicherung 1975, S. 215 und Grenzfälle der Versicherungspflicht nach § 165 I u. II RVO in: Die Soz.Ver.1973, S.257

auch von fremdbestimmter im Gegensatz zu selbstbestimmter Arbeit gesprochen wird.¹²⁴⁾ Der Gesichtspunkt der persönlichen Abhängigkeit bereitet als Unterscheidungsmerkmal zwischen selbständigem Dienstvertrag und Arbeitsverhältnis insoweit Schwierigkeiten, als es sich nur um einen graduellen Unterschied handelt; denn jede Verpflichtung zur Arbeitsleistung bringt, sofern die Arbeit persönlich zu leisten ist, eine gewisse Abhängigkeit persönlicher Art mit sich.¹²⁵⁾ Daher muß dieses Merkmal besonders ausgeprägt sein, wofür sich einige typische Anhaltspunkte entwickeln lassen, die erst nach einer abwägenden Gesamtwürdigung zur Abgrenzung geeignet sind.

2) Eingliederung

Eine andere Auffassung glaubt, daß in der Eingliederung in einen fremden Betrieb oder Arbeitsorganismus der entscheidende Gesichtspunkt der Arbeitnehmersituation besser zum Ausdruck komme und deshalb das primäre Kennzeichen sei.¹²⁶⁾ Vom Standpunkt der Eingliederungstheorie ist diese Ansicht nur folgerichtig und konsequent.^{126a)}

-
- 124) Hoeningner in Hoeningner-Wehrle, Arbeitsrecht, Einleitung S. XXX ff; Schmidt-Rimpler, Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, 5. Band, I. Abteilung, S. 23 ff;
- 125) RAG Band 28, S. 44; Siebert, Die Abgrenzung zwischen Arbeitsverhältnis und selbständigem Dienstvertrag, Betriebsberater 1949, S. 748;
- 126) Nikisch, Die Eingliederung in ihrer Bedeutung für das Arbeitsrecht, RdA 1960, S. 1 ff; ebenso Arbeitsrecht, Band I, S. 7 ff; Molitor, Wesen des Arbeitsvertrages, S. 92 ff und RdA 1959, S. 2, Grund und Grenzen des Weisungsrechts; Herschel, Freier Beruf und Arbeitsverhältnis, S. 28; Siebert, Einige Grundgedanken des gegenwärtigen Arbeitsrechts, RdA 1956, S. 14; Schneider, Arbeitnehmereigenschaft d. Sportler, S. 49;
- 126a) Zur Sondermeinung von Wiedemann und Lieb vgl. Anm. 16 und 17 auf Seite 11

3) Stellungnahme

Grundsätzlich besteht zwischen den divergierenden Meinungen kein prinzipieller, sondern nur ein konstruktiver Unterschied. Beide Ansichten gehen nämlich davon aus, daß der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber untergeordnet ist und damit in einem Subordinationsverhältnis steht. Es spricht aber viel dafür, die persönliche Abhängigkeit in den Vordergrund zu stellen.

Zum einen wird mit der Eingliederung in den Betrieb kein schärferes Abgrenzungsmerkmal geschaffen und bei Bestimmung der Eingliederung kommt man in aller Regel wieder auf die Weisungsgebundenheit als Ausfluß der Abhängigkeit zurück. Zum anderen werden die äußeren Umstände wie Vergütung, Arbeitszeit, Urlaubsregelung und Weisungsgebundenheit als Indizien für die Bejahung oder Ablehnung der Eingliederung benötigt. In sekundärer Folge der Eingliederung entsteht dann die persönliche Abhängigkeit als notwendiges Produkt.¹²⁷⁾ Die herrschende Meinung gelangt unter Abwägung derselben Faktoren¹²⁸⁾ ebenfalls zur besonders ausgeprägten persönlichen Abhängigkeit, ohne den Umweg einer Eingliederungskonstruktion zu wählen.

Es mag zwar richtig sein, daß heute die Integration der Arbeitnehmerschaft in die Betriebe angestrebt wird (Mitbestimmung); dennoch kann diese Tendenz nicht dafür sprechen, in der Eingliederung das alleinige Merkmal des Arbeitnehmerbegriffs zu erblicken. Gegenwärtig wird nach unserer Rechtsordnung immer noch demjenigen die letztentscheidende Verantwortung übertragen, dem der Betrieb gehört.

127) vgl. Herschel, Ehrengabe für E. Hirsch, Zur Arbeitnehmereigenschaft der Film- und Fernsehschaffenden, S. 115 ff;

128) in Zweifelsfällen wird auch die Eingliederung als Indiz herangezogen;

Wenn die Abhängigkeit als typisches Kriterium der Arbeitnehmerstellung abgelehnt und stattdessen die Eingliederung in den fremden Arbeitsorganismus als entscheidend erachtet wird, so stellt sich die Frage, weshalb die organisatorisch eingegliederte Arbeit Gegenstand einer besonderen Rechtsdisziplin sein soll, nachdem die Schutzbedürftigkeit nicht mehr die entscheidende Rolle spielt. SCHNEIDER¹²⁹⁾ versucht dies damit zu begründen, daß der Arbeitnehmer vom Erfolg seiner Arbeit getrennt ist und der Arbeitgeber im Rechtsverkehr als Träger des Arbeitsproduktes in Erscheinung tritt. Zum einen liegt hier ein Widerspruch, weil die Schutzbedürftigkeit des organisatorisch eingegliederten Arbeitnehmers gerade aus der der Eingliederung folgenden Weisungsgebundenheit resultiert. Zum anderen dienen die arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften zur Sicherstellung von Rechten derjenigen, die aufgrund ihrer Subordination eine "Bevormundung" zu befürchten haben und nicht als Regulativ für die Trennung von der Erfolgsverwertung.¹³⁰⁾

Mit der herrschenden Meinung wird daher an der persönlichen Abhängigkeit als Wesensmerkmal der Arbeitnehmereigenschaft festgehalten.

Zum Abschluß des 1. Kapitels sei wegen der Vergleichbarkeit der tatsächlichen Situation nochmals auf den inneren Zusammenhang zwischen dem anerkannten Berufssportler und dem bezahlten Hochleistungssportler mit

129) Schneider, a.a.O., S. 52;

130) vgl. auch Goetz Hueck, Einige Gedanken zum Begriff des Arbeitnehmers, RdA 1969, S. 216: Die Relativität des Abgrenzungsmerkmals "Abhängigkeit" wird zwar als Schwäche der h.L. eingestanden, jedoch ist trotz gewichtiger Kritikerstimmen am Kriterium der Abhängigkeit festzuhalten; nur so kann die besondere soziale Situation des Arbeitnehmers herausgekehrt werden. Diese besondere Situation sei und bleibe die Rechtfertigung für die spezielle Ausgestaltung arbeitsrechtlicher Grundsätze.

Amateurstatus hingewiesen. In beiden Fällen stehen Leistung und Gegenleistung einander gegenüber und existieren Neben- und Sonderpflichten im Rahmen der persönlichen Rechtsbeziehung. Sofern für die Aktiven beider Fallgruppen das Merkmal der persönlichen Abhängigkeit erfüllt ist, unterfallen sie dem Begriff des Arbeitnehmers und damit dem Schutz des Arbeitsrechts.

C) 2. Kapitel

Die persönliche Abhängigkeit

I. Kennzeichen

Das RAG hat im Laufe seiner Rechtsprechung einer Reihe von Merkmalen Beachtung geschenkt ¹³¹⁾, die zwar für sich allein gesehen noch keinen Rückschluß auf die persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers zulassen, sondern erst in ihrer Gesamtberücksichtigung nach Abwägung der einzelnen Kriterien. ¹³²⁾ So wurde vor allem die Weisungsgebundenheit hinsichtlich Ausführung, Zeit und Ort der Arbeit sowie die Bindung an feste Arbeitszeiten hervorgehoben. ¹³³⁾ Aber auch die Form der Vergütung ¹³⁴⁾, die Vereinbarung einer Urlaubsregelung ¹³⁵⁾ und die Entrichtung von Steuern und Sozialabgaben ¹³⁶⁾ sollten einen Hinweis auf die abhängige Arbeitnehmerstellung geben.

Obwohl die wirtschaftliche Abhängigkeit nur mehr für den Begriff der arbeitnehmerähnlichen Person relevant werden konnte, wurde auch dieser Anhaltspunkt herangezogen, soweit die wirtschaftliche Bindung Rück-

131) im einzelnen vgl. dazu ausführlich Siebert, Die Abgrenzung zwischen Arbeitsverhältnis und selbständigem Dienstvertrag, BB 1949, S. 746;

132) Hueck, Arbeitnehmer und freie Mitarbeiter, Der Betrieb 1955, S. 384;

133) RAG ARS 5, S. 27; 8, S. 451; 15, S. 550; 29, S. 396; 30, S. 40; 42, S. 84; vgl. auch Kaskel-Dersch, a.a.O., S. 26; Auffahrt/Schönherr, Arbeitsgerichtsgesetz, § 5 Anm. 6;

134) RAG ARS 15, S. 505; 29, S. 396; 30, S. 40; 31, S. 265;

135) RAG ARS 15, S. 505; 29, S. 396;

136) RAG ARS 31, S. 381; 37, S. 392;

schlüsse auf die persönliche Abhängigkeit gestattete. ¹³⁷⁾ Schließlich maß man noch Bedeutung zu, ob der Arbeit Leistende hauptsächlich für eine Person oder nebeneinander für mehrere Personen tätig war. ¹³⁸⁾

Das Bundesarbeitsgericht hat alle diese Umstände anerkannt und übernommen und sogar noch die Rechtspflicht zum regelmäßigen Erscheinen sowie die Gestaltung von Arbeitsgeräten und Führung von Personalakten hinzugefügt. ¹³⁹⁾

Nach Ansicht des Bundessozialgerichts ist maßgebendes Kennzeichen für die Leistung abhängiger Arbeit, daß der Dienstnehmer seine Tätigkeit im wesentlichen nicht frei gestalten und seine Arbeitszeit nicht selbst bestimmen kann, mithin einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht unterliegt. ¹⁴⁰⁾ Damit werden lediglich die typischen Merkmale der vom Reichsarbeitsgericht entwickelten Rechtsprechung nochmals hervorgehoben.

Auf dem Gebiet des Steuerrechts betont der Bundesfinanzhof ¹⁴¹⁾ neben der Weisungsgebundenheit vor allem die Eingliederung in den Betrieb des Arbeitgebers ¹⁴²⁾ und beruft sich dabei auf den Wortlaut von § 1 der Lohnsteuereinführungsvorschrift.

137) RAG ARS 8, S. 451; 29, S. 35;

138) RAG ARS 13, S. 311; 14, S. 333; vgl. auch Nipperdey-Mohnen-Neumann, a.a.O., Anm 22 vor § 611;

139) BAG Band 19, S. 330 m.w.N.; insbesondere BAG in AP Nr. 1, 3, 5, zu § 611 "Abhängigkeit"; vgl. auch Albrecht, Zur Abgrenzung zwischen abhängiger Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit, Die Sozialversicherung 1975, S. 215 und Grenzfälle der Versicherungspflicht, Die Soz.Vers. 1973, S.257

140) BSG Band 13, S. 201, 202 unter Hinweis auf BGHZ Band 10, S. 190; BSG Band 20, S. 8;

141) BFH Band 74, S. 97, 101; S. 342, 344; 106, S. 220;

142) vgl. auch Finanzgericht Baden-Württemberg, Außen-senate Stuttgart Urteil v. 4.2.75 EFG 75, S. 209;

Alle diese Erwägungen mögen im allgemeinen Arbeitsrecht nützliche Hinweise für die Einordnung als abhängig oder selbständig Tätiger geben. Bei der Kategorisierung von Berufs- und Hochleistungssportlern stößt man jedoch insofern auf Schwierigkeiten, als die Bindungen zum Verein, Verband oder Mäzen häufig nicht den Normen des normalen Arbeitsvertrages entsprechend ausgestaltet werden. So gelten beispielsweise die vertraglichen Bindungen oft nur für kurze Dauer und meist handelt es sich um Nebentätigkeiten; hinzu kommt, daß die Wettkampfstätten häufig wechseln und die Weisungsbefugnis aufgrund der physischen und psychischen Extremsituation im Wettkampf nur sehr begrenzt ausgeübt werden kann. Dies macht die eigene soziale Erscheinungsform des Sports in seiner Ausgestaltung als Arbeitsleistung deutlich mit der Folge, daß die von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien zur Bestimmung der persönlichen Abhängigkeit nur insoweit berücksichtigt werden dürfen, als dadurch der Sport nicht seines ursprünglichen Charakters beraubt wird; denn auch der Sport als Arbeit bleibt Sport mit seinen eigenen Gesetzmäßigkeiten.

II. Rechtsprechung und Literatur zur Frage, wann
ein S p o r t l e r seine Leistung in ab-
hängiger Stellung erbringt.

Nachdem viele Jahre hindurch der finanzielle Vorteil aus sportlicher Tätigkeit mißbilligt und von den Amateursportverbänden pönalisiert wurde, verwundert es nicht, daß die am bezahlten Sport Beteiligten wenig zu einer gerichtlichen Klarstellung beitrugen. Auf dem Gebiet des Steuer- und Sozialrechts glaubten aber staatliche Behörden, Leistungen fordern zu können, so daß die Steuer- und Sozialgerichte in einigen Entscheidungen die Abhängigkeit bezahlter Sportler zu prüfen hatten.

1) Steuerrecht

Der Reichsfinanzhof ¹⁴³⁾ versuchte, das Problem mit allgemeinen Erwägungen zu lösen. So sei der Steher (Berufsradsrennfahrer) durch den Vertrag mit dem jeweiligen Veranstalter in seiner Selbständigkeit nicht berührt, da keinerlei weitere Anzeichen für eine abhängige Arbeitsleistung bestünden. Aber auch der Schrittmacher sei trotz eines Vertrages mit dem Steher selbständig, da es ihm freistehe, wie lange und für wen er arbeiten wolle. Zwar werde diese Verpflichtung regelmäßig für mehrere Veranstaltungen getroffen, jedoch rechtfertige die Natur der Leistung nicht die Annahme einer abhängigen Stellung als Arbeitnehmer; dagegen spreche auch, daß das Arbeitsgerät vom Schrittmacher selbst gestellt, gewartet und unterhalten werde.

143) Bundessteuerblatt 1930, S. 125

Der Bundesfinanzhof ¹⁴⁴⁾ sieht in Berufsringkämpfen eine Artverwandtschaft zur Artistik und bejahte die Arbeitnehmerstellung im konkreten Fall, da der Ringkämpfer seine sportlichen Fähigkeiten allein einem Unternehmer für eine Reihe von Veranstaltungen zur Verfügung stellte. Eine wesentliche Verfügung über die Arbeitskraft läge nämlich dann vor, wenn die sportliche Leistung gerade in jener Zeit erbracht wird, in der die Arbeitskraft von Artisten im allgemeinen ausgenutzt wird. ¹⁴⁵⁾ Im übrigen müsse darauf abgestellt werden, über welchen Zeitraum sich die Veranstaltung erstreckt, insbesondere, ob die sportliche Darbietung lediglich an wenigen Stunden eines einzigen Abends finanziell ausgenutzt wird oder im Rahmen einer längerwährenden Veranstaltungsreihe.

In seinem Urteil vom 17.2.55 ¹⁴⁶⁾ hat der Bundesfinanzhof diese Grundsätze nochmals bekräftigt und in seiner im Bundessteuerblatt 1964, Teil III, S. 207 abgedruckten Entscheidung die Selbständigkeit des Berufsboxers ausdrücklich hervorgehoben. Begründet wird diese Ansicht damit, daß Boxkämpfe einschließlich der notwendigen Vorbereitungs- und Trainingszeiten in sich abgeschlossene Einzelveranstaltungen seien, für die sich der Boxer selbst bzw. durch seinen Manager verpflichtet. Damit aber verfüge der Boxer nicht dergestalt über seine Arbeitskraft, daß seine Darbietung fremdbestimmt würde. Die Richtigkeit dieser Entscheidung zeigt sich auch darin, daß zukünftige Wettkampfverpflichtungen mit zugesicherter Garantiebörse vom Berufsboxer nur bei überdurchschnittlichen Leistungen ausgehandelt werden können, er insofern also jedesmal aufs neue das Unternehmerrisiko trägt.

144) Bundessteuerblatt 1951, Teil III, S. 97;

145) dies geschieht regelmäßig in den Abendstunden;

146) Bundessteuerblatt, 1955, Teil III, S. 100;

Als weitere Gruppe von Berufssportlern beschäftigten die Teilnehmer von Sechstagerennen die finanzgerichtliche Rechtsprechung und Literatur. Diese Rennfahrer seien deshalb keine abhängigen Arbeitnehmer, weil sie dem jeweiligen Veranstalter nicht mehrere Einzelleistungen, sondern eine zusammenhängende Gesamtleistung erbringen. Diese Tatsache und die damit zusammenhängende kurze Bindungsdauer verbieten auch die Annahme einer Eingliederung in das Unternehmen des Veranstalters. 147)

2) Sozialrecht

Die rasche Entwicklung zum Berufsfußball ließ schon sehr bald die Frage der Sozialversicherungspflicht dieser weitaus stärksten Gruppe im deutschen Berufssport in den Mittelpunkt einer lange währenden Auseinandersetzung rücken. 148)

Das Bundessozialgericht 149) entschied diesen Meinungsstreit schließlich, indem es sich mit überzeugender Begründung für die Versicherungspflicht und damit für die abhängige Arbeitnehmerstellung aussprach. Diese Weisungsgebundenheit und folglich die persönliche Abhängigkeit ergebe sich aus der vertraglichen Verpflichtung zur intensiven Mitarbeit nach den Anordnungen des Trainers und aus der Pflicht, die Anordnungen des Vereins über die Teilnahme an Wettspielen zu befolgen. Die Abhängigkeit werde letztlich auch

147) Finanzgericht München, EFG 1954, Nr. 5, S. 108; BFH, Deutsches Steuerrecht 1958, S. 517; Littmann, Das Einkommensteuerrecht, § 15 Anm. 9;

148) für Arbeitnehmereigenschaft: Osterhold, Die Sozialversicherung 1950, S. 268; Sozialgericht Nürnberg, nicht veröffentlicht, Az G 322/54; gegen Arbeitnehmereigenschaft: Dittes, Die Sozialversicherung 1950, S. 296; Sozialgericht Dortmund, nicht veröffentlicht, Az Unf 220/54;

149) Band 16, S. 98, 101;

ersichtlich aus der in den Vertrag einbezogenen Disziplinarordnung des Deutschen Fußballbundes, die bei Verletzung der vertraglichen Pflichten dem Verein eine Bestrafung erlaubt.

SCHMIDT ¹⁵⁰⁾ betont lediglich mit der herrschenden Lehre die persönliche Abhängigkeit als entscheidendes Kriterium für die Arbeitnehmereigenschaft des Sportlers und schließt sich im übrigen ¹⁵¹⁾ der Auffassung des BSGs an, wenn es gilt, Merkmale für die persönliche Abhängigkeit herauszustellen.

Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Frankfurt vom 27.10.1964 ¹⁵²⁾ verdient hier nur am Rande Erwähnung, da in dieser Entscheidung die Arbeitnehmereigenschaft eines nebenberuflichen Fußballtrainers - der ja zur Gruppe der mittelbaren Berufssportler zählt - verneint wird. Weisungsgebundenheit und persönliche Abhängigkeit als typische Kriterien lägen in diesem Fall nicht vor.

3) Auswertung

Alle aufgeführten Entscheidungen und Stellungnahmen beziehen sich auf Sportarten, in denen der offene Professionalismus erlaubt und üblich ist. ¹⁵³⁾ Die Rechtsprechung und die Literatur haben damit den Sport als Mittel zum Gelderwerb und der Existenzsicherung anerkannt. Sie sahen sich deshalb veranlaßt, auch

150) Arbeitsrechts-Blattei, Sport I, B II;

151) Schmidt, Zur Frage der Arbeitnehmereigenschaft der Vertragsspieler im DFB und der Rechtsnatur des Spielervertrages, AuR 1961, S. 329, 333;

152) AP Nr. 4 zu § 611 "Abhängigkeit";

153) vgl. auch Brackmann, Handbuch der Sozialversicherung, Band II, S. 308 h II;

hier die Kriterien des allgemeinen Arbeitsrechts anzuwenden, wenngleich man den angeführten Merkmalen unterschiedliche Gewichtung beigemessen hat. So wird z.B. das Weisungsrecht wegen der Individualität der sportlichen Leistung zurückgedrängt, der wirtschaftliche Aspekt dagegen mehr betont. Weiterhin wird auf die Verfügung über die sportliche Arbeitsleistung zugunsten eines wirtschaftlich Verwertenden und die starke disziplinarische Bindung abgestellt, während das Merkmal der Eingliederung zur Abgrenzung untauglich erscheint, da Wettkampfsport nur bei organisatorischer Eingliederung möglich ist.

Stößt man bereits auf Schwierigkeiten, den offiziell durch einen Vertrag verpflichteten Sportler als Arbeitnehmer zu qualifizieren, so gelangt man an ein scheinbar unüberwindbares Hindernis, wenn es gilt, die übrigen Hochleistungssportler mit dem typischen Arbeitnehmer auf eine Stufe zu stellen. Jegliche Bindung und charakterisierenden Merkmale des allgemeinen Arbeitnehmerbegriffs werden im Spitzensport nämlich geleugnet, um eine Kollision mit den geltenden Amateurbestimmungen zu vermeiden.

Ausgehend von der Intention des Arbeitsrechts läßt sich der Leistungssportler nur dann als Arbeitnehmer qualifizieren, wenn das Gesamtbild der äußeren Umstände einen Vergleich mit dem Bild des typischen Arbeitnehmers rechtfertigen.

III. Rechtsprechung zur Frage, wann der "freie Mitarbeiter" persönlich abhängig wird.

Während der letzten 10 bis 15 Jahre hat sich das Sportwesen strukturell stark verändert, ohne daß Rechtsprechung oder Literatur die Abhängigkeit jener Personengruppe näher analysiert hätten. Es bietet sich aber an, aus der Rechtsprechung des BAG zu den freien Mitarbeitern nützliche Hinweise zu entnehmen, da hier die Frage der Abhängigkeit oftmals Gegenstand der Entscheidung war.

In jüngster Zeit gingen zahlreiche Betriebe, insbesondere Rundfunk- und Fernsehanstalten, dazu über, ihren Mitarbeitern freie Dienstverträge anzubieten. Formal rückt der Mitarbeiter dadurch in die Position eines selbständigen Unternehmers, während sich seine tatsächliche Rechtsstellung kaum von der anderer Arbeitnehmer unterscheidet. Wegen der Rechtsform als freie Mitarbeiter werden sie aber aus dem Schutzbereich der Arbeits- und Sozialgesetze ausgeklammert. Dies erscheint insbesondere dann ungerechtfertigt, wenn der "freie Mitarbeiter" schon lange Zeit und nur für einen Arbeitgeber tätig wurde. LIEB¹⁵⁴⁾ bejaht für diese Fälle dauernder Vollzeitbeschäftigung einen Rechtsformzwang; von der Rechtsordnung könne für jene Fallgestaltungen nur das Arbeitsverhältnis mit allen seinen Schutzwirkungen, nicht aber das Dienstverhältnis zur Verfügung gestellt werden.

Das BAG¹⁵⁵⁾ stellt zwar zunächst auf den ausdrücklichen Willen der Parteien ab, erachtet die Rechtsform eines freien Dienstvertrages aber dann als Rechtsmißbrauch, wenn diese Form lediglich der Umgehung des

154) Lieb, Schwerpunkte Arbeitsrecht, S. 8;

155) Urteil vom 14.2.74, AP Nr. 12 zu § 611 BGB "Abhängigkeit";

Sozialschutzes dienen soll und daher kein Grund sachlicher Rechtfertigung besteht. Der Arbeitgeber müsse sich dann so behandeln lassen, als wäre ein Arbeitsvertrag geschlossen worden.¹⁵⁶⁾ Dieses Urteil zieht bereits die Rechtsfolgen, indem es sich über den erklärten Parteiwillen hinwegsetzt. In früheren Entscheidungen hat die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung erst die nötigen Vorarbeiten für jene Schlußfolgerung leisten müssen.

Im Urteil vom 28.6.73¹⁵⁷⁾ hat das BAG für die Abgrenzung zwischen Arbeitsverhältnis und freiem Dienstvertrag auf die praktische Durchführung der Beziehungen abgestellt und eine einheitliche Behandlung als Arbeitnehmer dann bejaht, wenn der Arbeitgeber einen mit denselben Aufgaben betrauten Kreis einheitlich behandelt.

Lediglich im Urteil vom 8.6.67¹⁵⁸⁾ hat das BAG für die Frage, ob jemand Dienstleistungen als Arbeitnehmer erbringt oder als freier Mitarbeiter, entscheidend den Grad der persönlichen Abhängigkeit hervorgehoben. Folgende Umstände sollen hierfür eine Rolle spielen: Umfang der Weisungsgebundenheit; Unterordnung unter andere im Dienste des Geschäftsherrn stehenden Personen; Bindung an feste Arbeitszeiten; Rechtspflicht zum regelmäßigen Erscheinen; Zulässigkeit von Nebentätigkeiten; Ort der Erledigung der Tätigkeit; Form der Vergütung; Frage der Abführung von Steuern und Beiträgen; Urlaubsgewährung oder freie Disposition;

156) gegen dieses Urteil vgl. Lieb, Rechtsformzwang und Rechtsformverfehlung im Arbeitsrecht, RdA 1975, S. 49 ff;
der Fiktion eines Arbeitsverhältnisses für die Zukunft steht der beachtliche Rechtsgestaltungswille der Parteien entgegen; deshalb kann in diesen Fällen nur ein fehlerhaftes Rechtsverhältnis mit Recht zur kündigungsschutzlosen Auflösung entstehen.

157) BAG AP Nr. 10 zu § 611 BGB "Abhängigkeit";

158) BAG AP Nr. 6 zu § 611 BGB "Abhängigkeit";

Zurverfügungstellung von Arbeitsgeräten; Führung von Personalunterlagen; Notwendigkeit eines Attestes bei Krankheit.

Bei praktischer Durchführung der Beziehungen ist unter Berücksichtigung der vorstehenden Gesichtspunkte abzuwägen, ob gewichtigere Gründe für die Annahme eines echten Arbeitsverhältnisses oder für die eines reinen Mitarbeiterverhältnisses sprechen.

Das BSG ¹⁵⁹⁾ sieht wiederum in der betrieblichen Eingliederung des Tätigen und dem damit verbundenen Weisungsrecht des Arbeitgebers ein wesentliches Merkmal für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis, was vom Standpunkt der Eingliederungstheorie nur folgerichtig und konsequent ist.

Letztlich sei noch das Urteil des BAG vom 6.12.74 ¹⁶⁰⁾ erwähnt, wonach ein Künstler, der auf einer Jubiläumsveranstaltung eines Unternehmens einmalig eine von ihm selbst gestaltete Zauberschau darbietet, weder Arbeitnehmer noch arbeitnehmerähnliche Person im Sinne von § 5 Abs. 1, Satz 2 ArbGG darstellt. Damit wird deutlich, daß die Rechtsbeziehung auf eine gewisse Wiederholungsdauer angelegt sein muß, in dessen Rahmen die Tätigkeit mehrmals dargebracht werden muß.

Mithin sei festgestellt, daß lediglich in der BAG-Entscheidung vom 8.6.67 ¹⁶¹⁾ konkrete Anhaltspunkte aufgezeigt werden, die für eine persönliche Abhängigkeit sprechen. Die weitere Entwicklung der BAG-Rechtsprechung läßt aber die Tendenz erkennen, durch einen typisierenden Vergleich die Frage der persönlichen Abhängigkeit zu klären. Letztlich muß also auch nach dieser Rechtsprechung zu den freien Mitarbeiterverhältnissen das Gesamtbild der äußeren Umstände einen Vergleich mit dem abhängigen Arbeitnehmer rechtfertigen.

159) AP Nr. 11 zu § 611 BGB "Abhängigkeit";

160) AP Nr. 14 zu § 611 BGB "Abhängigkeit";

161) AP Nr. 6 zu § 611 BGB "Abhängigkeit";

IV. Rechtliche Würdigung

1) Berufssport

Vor diesem Hintergrund der Rechtsprechung bedarf es einer rechtlichen Würdigung der tatsächlichen Verhältnisse in den einzelnen Sportdisziplinen.

Im Bereich des anerkannten Berufssports ermöglicht regelmäßig schon das vertraglich festgelegte Austauschverhältnis die Qualifizierung in Selbständige und Abhängige; die tatsächliche Ausgestaltung der Rechtsbeziehung muß daher nur in Grenzfällen beachtet werden. Der Lizenzfußballspieler hat aufgrund seiner vertraglichen Verpflichtung dem Verein seine sportliche Leistungskraft zur Verfügung zu stellen und erhält dafür ein Entgelt. Er hat nach Anweisungen regelmäßig zu trainieren, an ausgesuchten Wettkämpfen in der vom Verein gestellten Sportausrüstung teilzunehmen und bei Krankheiten ärztliche Atteste beizubringen. Seine Stellung als Arbeitnehmer beruht nicht zuletzt auf der Grundsatzentscheidung des BSG (Band 16, S. 98 ff) und hat ihren Niederschlag mittlerweile in § 10 LspSt gefunden ¹⁶²⁾.

Der Berufsboxer ist vertraglich nur verpflichtet, an einem bestimmten Tag gegen einen bereits bestimmten Gegner an einem ausgesuchten Ort anzutreten. Wie er sich auf diesen Kampf vorbereitet und wie er den Wettkampf selbst gestaltet, bleibt allein ihm überlassen. Wenn er sich dabei an den Anweisungen und Ratschlägen seines persönlichen Trainers orientiert, so unterliegt er damit keinerlei Weisungsbefugnis seitens des Veranstalters. Seine unabhängige Stellung kommt auch darin zum Ausdruck, daß die Rechtsbeziehungen zwischen Akteur und Veranstalter in der Regel nicht auf Dauer ausgerichtet sind, und der Boxer daher über seine jeweiligen Wettkampfpflichtungen frei disponieren kann.

162) "Lizenzspieler sind Arbeitnehmer besonderer Art, die für die Vertragsdauer Angestellte eines vom DFB lizenzierten Vereins sind."

Der Jockey im Pferdesport ist Angestellter des Tierhalters oder eines Rennstalls. Das Entgelt wird monatlich gezahlt, während die Unkosten der Pferdehaltung vom Eigentümer des Tieres getragen werden. Da es dem Halter des Tieres häufig an nötigen Sachverstand fehlt, unterliegt die Art und das Maß der Trainingsarbeit einer gewissen Disposition des Jockeys; dies ändert aber nichts an der Abhängigkeit seiner Position, da die Letztentscheidung - auch hinsichtlich eines Wettkampfeinsatzes - beim Eigentümer des Tieres liegt.

Auch der Eiskunstläufer in einer Revue ist Arbeitnehmer. Leistung und Gegenleistung beschränken sich nicht nur auf den jeweiligen Auftritt; den Ort des Gastspiels bestimmt der Arbeitgeber. Die Gestaltung der Vorführung, das Programm der Show und die darin zu spielende Rolle werden den Mitgliedern des Ensembles durch berufene Personen angewiesen. Im Rahmen dieses Programms muß der Eiskunstläufer bestimmte Figuren einstudieren, so daß ihm letztlich nur mehr geringe künstlerische Gestaltungsfreiheiten beim Vortrag verbleiben.

Die anerkannten Berufsfahrer des Rad- und Motorsports sind nur insoweit Arbeitnehmer, als sie sich gegenüber einer bestimmten Firma auf Zeit verpflichtet haben, als Mitglied der Firmenmannschaft an den vom Vertragspartner oder von einer anderen, im Dienst des Geschäftsherrn stehenden Person bestimmten Rennen teilzunehmen. Die Fahrer können über ihren Wettkampfeinsatz nicht mehr frei disponieren. Dabei ist der Begriff der Firma untechnisch zu verstehen, d.h. ein Arbeitsverhältnis liegt auch dann vor, wenn ein Privatmann einen Rennbetrieb unterhält und für diesen Zweck geeignete Rennfahrer verpflichtet.

Individuelle Werbeverträge berühren die Selbständigkeit hingegen nicht, da sie keine Pflicht zur sportlichen Leistung beinhalten, sondern stillschweigend ein sportliches Engagement voraussetzen. Auch Teilnehmer eines

Sechstagerennens zählen nicht zu den Angestellten des Veranstalters, da sie eine Gesamtleistung schulden, als die sich trotz der mehrtägigen Dauer die gesamte Veranstaltung darstellt.

2) Bezahlter Hochleistungssport

Will man den Sachverhalt im bezahlten Hochleistungssport der nach außen hin den Amateurstatus für sich beansprucht, in Bezug auf die Abhängigkeit würdigen, so sei bemerkt, daß die Weisungsabhängigkeit allein zur Begründung der Arbeitnehmerstellung noch nicht genügt. Da auch im reinen Amateursport regelmäßig Anweisungen durch Trainer und Betreuer erteilt werden, bedarf es noch zusätzlicher Merkmale, um den Hochleistungssportler als Arbeitnehmer qualifizieren zu können. Nur dann, wenn sich die Situation ähnlich der des anerkannten abhängigen Berufssportlers darstellt, darf der Hochleistungssportler mit jenem auf eine Stufe gestellt und gleich behandelt werden. Dies bedeutet, daß das Austauschverhältnis Sport - Entgelt ersichtlich und Grundlage der gegenseitigen Rechtsbeziehung sein muß. Wo dieses Merkmal nach außen nicht hervortritt, weil es im Hinblick auf die Amateurbestimmungen gar nicht hervortreten darf, kann im Einzelfall durch die bestehenden Neben- und Sonderpflichten ein vertragliches Rechtsverhältnis indiziert werden.

Eishockey

Die intensiven Bemühungen, Meisterehren zu erlangen, sind verbunden mit regelmäßigem, hartem Training, großem Zeitaufwand für Vorbereitung, Trainingslager, Wettkämpfe und Turniere und mit finanziellen Zuwendungen, die mindestens die Hälfte des gesamten monatlichen Verdienstes des Spielers betragen ¹⁶³⁾. Diese Beträge wiederum stehen in kausalem Zusammenhang mit der erbrachten sportlichen Leistung und gelangen nur dann zur Auszahlung,

163) Diese Wertverhältnisse beruhen auf eigenen Untersuchungen bei Eishockeyvereinen;

wenn die Sportarbeit über einen längeren Zeitraum hinweg erbracht wurde.

Die Abhängigkeit gegenüber dem Verein zeigt sich insbesondere bei einem angestrebten Vereinswechsel des Spielers. Die Satzung des DEB verhängt hier eine 18-monatige Sperre ¹⁶⁴⁾, sofern eine Einigung zwischen dem alten und dem neuen Verein nicht zustande kommt (Art. 61, Ziff. 1). In der Praxis wird dieses Einverständnis durch die Bereitschaft zur Zahlung einer Ablösesumme seitens des neuen Vereins erzielt, obwohl Ablösezahlungen offiziell gar nicht erlaubt sind. In Abkehr von dieser Praxis scheiterte lange Zeit ein Wechsel des Landshuter Eishockeystars Kühnhackl von seinem Heimatverein nach Köln. Im Gegensatz zu anderen Vereinen war der EV Landshut nicht gezwungen, aus finanziellen Erwägungen die Freigabeerklärung zu verkaufen, vielmehr sollte der Transfer durch die Festsetzung einer astronomischen Ablösesumme - zuletzt waren Summen zwischen 800 000 und 1,2 Millionen im Gespräch - scheitern. Auf diese Weise wollte man ein Exempel gegen jene Vereine statuieren, die durch verlockende finanzielle Angebote versierte Athleten von anderen Vereinen abwerben ¹⁶⁵⁾.

Die Verbandsgewaltigen scheinen ihre Augen vor diesen Realitäten verschließen zu wollen. Nachdem heute allgemein bekannt ist, daß in den meisten deutschen

164) Auf dem letzten Verbandstag wurde sogar eine Verlängerung der Sperre auf 36 Monate (!!) beraten, letztlich aber nicht beschlossen.

165) Vergl. zum "Fall Kühnhackl" die Pressenotizen in der Süddeutschen Zeitung vom 22.7.76; 28/29.8.76; 31.8.76; 2.9.76; 7.9.76; 23.9.76; 28.9.76; 8.10.76. Bezeichnenderweise wird in diesen Artikeln oftmals von "vertraglichen Bindungen" gesprochen, obwohl es sich doch um "Amateure" handeln soll.

Eishockeyclubs sogenannte "Profis" spielen, würde die vom Bundestrainer geforderte Einführung des Vertragsspielers ¹⁶⁶⁾ den derzeitigen Zustand eines "grauen Marktes" beseitigen und eine sportlich saubere Basis für den zukünftigen Eishockeysport schaffen ¹⁶⁷⁾. Damit stünde der heutige Eishockeyspieler auch offiziell auf der gleichen Stufe, auf der vor 15 Jahren der Fußballvertragsspieler stand, mit dem Ergebnis, daß dem heutigen Bundesliga-Eishockeyspieler die Arbeitnehmer-Eigenschaft zuerkannt werden muß.

Gegen diese Schlußfolgerung kann auch nicht das Urteil des Arbeitsgerichts Freiburg vom 27.4.76 ¹⁶⁸⁾ ins Feld geführt werden. Gegenstand dieses Urteils war die Klage eines Eishockeyspielers gegen den ersten Vorsitzenden des Vereins auf Eintragung der erhaltenen Nettobezüge von DM 33.000.-- in der Lohnsteuerkarte und im Arbeiterrentenversicherungsheft als Bruttolohn. Das Arbeitsgericht wies die Klage ab, mit der Begründung, daß lediglich ein "arbeitnehmerähnliches Rechtsverhältnis" bestanden habe und überdies zwischen dem Beklagten und dem Kläger keine Rechtsbeziehung bestünde, da die Vereinbarung als sogenanntes "Strohmann-Geschäft" nach § 117 BGB nichtig sei.

Die Kammer des Arbeitsgerichts blieb mit ihrer Entscheidung auf halbem Wege stehen, als sie die Konsequenzen scheute, den "Amateureishockeyspieler" als Arbeitnehmer zu qualifizieren und damit für den gesamten

166) Vergl. Pressenotiz Süddeutsche Zeitung v. 7.1.76

167) Im Hinblick auf die zu erwartende Einführung des Vertragsspielers werden gegenwärtig Arbeitsgruppen gebildet, um ein Vertragsspielerkonzept zu entwickeln und die Vereinsinteressen zu wahren. (Vergl. Pressenotiz Südd. Zeitung v. 8.10.76) Der DEB hat zur Einführung des Vertragsspielers bereits den ersten Schritt unternommen, als er dessen Definition in Art. 11 Ziff. 1 Wettkampfordnung aufgenommen hat.

168) Az 1 Ca 539/75

"Amateursport" einen Bezugsfall zu schaffen. Die Verneinung der Arbeitnehmereigenschaft beruht allein auf der lapidaren Feststellung, daß "der Kläger schlüssige Darlegungen hierfür schuldig geblieben sei". Im übrigen versucht die Entscheidung zu begründen, daß es dem beklagten 1. Vorsitzenden an der Passivlegitimation fehle. Der Konstruktion eines nichtigen Scheingeschäftes kann aber nicht beigetreten werden, da beide Parteien ja gerade die Gültigkeit der Vereinbarung bezweckten. Wenn ein Sportler mit einer Gönnergruppe eine Abrede trifft, so wird zum Vertragspartner jene "lose Vereinigung einzelner Vereinsmitglieder, die verbunden mit einem Vorstandsmitglied sich zusammengefunden haben, um im Interesse des Clubs einzelne Spieler zu fördern". Zwar werden die wahren Verhältnisse verschleiert, um Kollisionen mit den geltenden Amateurbestimmungen zu umgehen, jedoch kann dies nach der Rechtsprechung des Landesarbeitsgerichts Saarland ¹⁶⁹⁾, des Oberlandesgerichts Hamm (NJW 76, 331) und des Bundesarbeitsgerichts ¹⁷⁰⁾ weder zur Nichtigkeit noch zur Sittenwidrigkeit nach §§ 134, 138, 817 BGB führen. Statt eines nichtigen "Strohmann-Geschäfts" liegt hier vielmehr ein Vertrag zugunsten Dritter zwischen dem Spieler und der "losen Vereinigung" - vertreten durch ein Vorstandsmitglied des Vereins - vor. Die Gönnergruppe verpflichtet sich zur Zahlung der vereinbarten Bezüge, während der Spieler seine Pflicht zur Erbringung der sportlichen Leistung gegenüber den Vertragspartnern durch seinen Einsatz im Dienste des Vereins erfüllt.

169) Urteil vom 29.9.71 AP Nr. 1 zu § 611 BGB
"Berufssport"

170) Urteil vom 16.1.71 AP Nr. 29 zu § 138 BGB

Soweit durch die Gönnergruppe Leistungen des Vereins an den Spieler versprochen wurden (z.B. Wohnung im Vereinsheim), handelte der Vertreter der Gönnergruppe (Vorstand) in seiner Eigenschaft als Vorstand des Vereins, da ein Vertrag zu Lasten Dritter nicht möglich ist. Das Urteil des Arbeitsgerichts Freiburg bringt daher keine Argumente gegen ein Abhängigkeitsverhältnis des Sportlers in Form eines Arbeitsverhältnisses, sondern versucht nach dem Prinzip "es kann nicht sein, was nicht sein darf" einen Vertragspartner des Spielers wegzufingieren. Damit aber träte die seltsame Situation ein, daß der Spieler weder mit dem Verein vertragliche Beziehungen unterhält ¹⁷¹⁾, noch mit der "losen Vereinigung einzelner Vereinsmitglieder", da diese Abrede als Strohmänn-Geschäft nichtig sein soll, während die tatsächlich gezahlte Vergütung des Spielers durch Einzelpersonen oder Personengruppen, die außerhalb des Vereins stehen, eine feststehende Tatsache darstellt. Bei einem angeblich gebotenen Monatsgehalt von ca. DM 20.000.-- für den Eishockeystar Kühnhackl ¹⁷²⁾ muß daher eine vertragliche Bindung zweier Parteien als Realität akzeptiert werden.

Aus steuerrechtlicher Sicht sind die vom Verein oder von Gönnerkreisen gezahlten Pauschalentschädigungen steuerpflichtiger Arbeitslohn ¹⁷³⁾, wengleich die tatsächliche Höhe der Vergütungen für das Finanzamt

171) Der Verein will ja gerade keinen Vertrag schließen, da er vom Verband Sanktionen wegen Verstoßes gegen die Amateurstatuten zu befürchten hätte.

172) vergl. Pressenotiz Südd. Zeitung vom 16.9.76

173) Hartz-Meeßen-Wolf, ABC-Führer Lohnsteuer Anm. 88i

oftmals im Dunkeln bleibt. Infolge des Staub aufwirbelnden "Falles Kühnhackl" nahmen die Finanzämter in Nordrhein-Westfalen bei einigen Eishockeyvereinen Prüfungen vor mit dem Ergebnis, daß alle Spieler eine zweite Lohnsteuerkarte erhalten ¹⁷⁴⁾. Unter diesem Aspekt wird ersichtlich, daß sich die Spitzeneishockeyspieler gerade in steuerrechtlicher Hinsicht nicht mehr hinter dem "Schutzschild des Amateursports" verbergen können und damit selbst ein Indiz für die Annahme einer abhängigen Arbeitnehmer-Stellung geschaffen haben.

Es wäre erfreulich gewesen, hätte das Arbeitsgericht Freiburg dem ersten Schritt auch den zweiten folgen lassen, wenngleich die Aussage, daß ein bezahlter "Amateursportler" Arbeitnehmer sein kann, unübersehbare Konsequenzen in der gesamten Sportwelt nach sich gezogen hätte. Diesen mutigen Schritt zu vollziehen bleibt daher weiterhin einem die Realitäten erkennenden Arbeitsgericht vorbehalten.

2) Skisport

Die internationalen Spitzenfahrer des Skisports standen in letzter Zeit des öfteren im Mittelpunkt des sportlichen Interesses und der Frage nach Auslegung internationaler Amateurregeln, als jährliche Spitzenverdienste von 150.000 bis 200.000.-- DM hinter vorgehaltener Hand genannt wurden. Wenn jemand zehneinhalb Monate im Jahr Ski fährt, und dafür zwischen 5.000.-- und 20.000.-- DM pro Monat erhält ¹⁷⁵⁾, so stellt sich die berechnigte Frage nach seiner arbeitsrechtlichen Eingliederung.

174) vergl. Pressenotiz Südd. Zeitung vom 28.9.76

175) Diese Zahlen beruhen auf eigenen Untersuchungen und Umfragen.

Dabei interessiert weniger die Rechtsbeziehung zum heimatlichen Skiverein, als vielmehr die Abhängigkeit zum nationalen Skiverband, da die Wettkämpfe um den Welpokal bzw. den Europapokal im Interesse einer größtmöglichen Verkaufsförderung von Wintersportartikeln auf internationaler Ebene ausgetragen werden.

Zwischen dem Deutschen Skiverband (DSV) und den nach Kategorien eingeteilten Mitgliedern der Nationalmannschaft existiert eine Vereinbarung, wobei der Begriff "Vertrag" entschieden vermieden wird, um durch eine Formalie nach außen den Schein des Amateurismus zu wahren. Es spielt aber keine Rolle, ob die 2-jährige Bindung des einzelnen Athleten an den DSV auf einem Vertrag, einer Vereinbarung oder einer Erklärung beruht. Etwas seltsam mutet dabei auch die Vorbemerkung der Verpflichtungserklärung an, in der sich der Aktive verpflichtet, "sich für sportliche Erfolge im Namen des DSV einzusetzen", denn im allgemeinen sucht der Sportler den Erfolg im Wettkampf als subjektiven Leistungsnachweis. Des weiteren verpflichtet sich der Aktive zu Trainings- und Wettkampfmaßnahmen gemäß Anweisung (!), zur Teilnahme an medizinischen Untersuchungen, den Anweisungen der vom DSV gestellten Trainer Folge zu leisten, zu selbständigem Training zu Hause - entsprechend einem vorgegebenen Trainingsprogramm - und generell zum bestmöglichen Einsatz bei allen Trainings- und Wettkampfläufen. ¹⁷⁶⁾ Für eine freie Disposition hinsichtlich Wettkampfeinsatz oder Urlaub bleibt praktisch kein Raum mehr.

176) Kürzlich verbot der DSV seinen Rennläufern auch die Teilnahme an Fußballspielen und Motorsportveranstaltungen, wegen des erhöhten Verletzungsrisikos. (vgl. Pressenotiz Südd. Zeitung v. 22.9.76)

Zur Durchsetzung dieser Leistungsverpflichtungen ist der Cheftrainer zu Disziplinarmaßnahmen nach der Disziplinanordnung des DSV berechtigt.¹⁷⁷⁾ Allein diese Punkte zeigen bereits, daß der Aktive weit mehr persönlich abhängig ist, als dies aus der sportorganisatorischen Mitgliedschaft üblich ist. Des weiteren wird dem einzelnen Fahrer untersagt, selbständig Werbemaßnahmen auszuführen¹⁷⁸⁾. Lediglich die gesamte Mannschaft kann für Werbemaßnahmen zur Verfügung stehen, wobei den "Einladungen" hierzu durch das DSV-Referat für Wirtschaft und Industrie "Folge zu leisten ist". Sonstige Vereinbarungen über Finanzzuwendungen sind nicht statthaft¹⁷⁹⁾. Das Recht auf freie Meinungsäußerung wird ähnlich wie bei einem typischen Arbeitnehmer berührt, als zwar in Ziff. 8 der Vereinbarung Interviews grundsätzlich erlaubt sind, der Rahmen aber auf persönliche Angelegenheiten beschränkt wird. Eine Lösung von der gesamten Vereinbarung ist nur durch Kündigung zum 30.4. möglich, soll sich die Bindung nicht automatisch um ein weiteres Jahr verlängern¹⁸⁰⁾.

Am deutlichsten zeigt sich die persönliche Abhängigkeit aber in der Verpflichtung, während einer Saison nur diejenigen Ausrüstungsgegenstände zu fahren, für die sich der Aktive entschieden hat; allerdings darf er sich nur für solches Material entscheiden, dessen Hersteller im sog. Ski-Pool vertreten sind. Andere Ausrüstungsgegenstände sind demnach untersagt, will der Aktive keine disziplinarischen Maßnahmen oder sogar einen Schadenersatzprozeß riskieren.

177) s. Ziff. 2 der Verpflichtungserklärung

178) s. Ziff. 7 der Verpflichtungserklärung

179) s. Ziff. 9 der Verpflichtungserklärung

180) vergl. Pressenotiz Südd. Zeitung v. 2.4.76;
s. auch Zusatzvereinbarung zur Verpflichtungserklärung.

Als Äquivalent für seinen Aufwand an Zeit und seine Bereitschaft zu Training und Wettkampf erhält der alpine Skirennläufer (ebenso wie der nordische) eine Entschädigung für Reisekosten, Unterhalt und Verdienstausfall ¹⁸¹⁾. Die illegalen Zuwendungen durch die Industrie bleiben hier unberücksichtigt, da sie aufgrund einer Vereinbarung sui generis erfolgen, welche die Pflicht zur sportlichen Betätigung nicht begründet. Außerdem sorgt der Deutsche Skiverband durch Abschluß einer Unfall- und Krankenversicherung für die soziale Sicherheit seiner Wettkämpfer ¹⁸²⁾. Die Tatsache, daß der DSV die gesamte Versicherungsprämie leistet, darf ebensowenig gegen die Annahme einer abhängigen Arbeitnehmerposition herangezogen werden, wie die Vereinbarung in Ziff. 6. Dort nämlich heißt es, daß der Aktive seine Bezüge selbst zu versteuern habe. Diese Handhabung resultiert daraus, daß die Parteien formell ein Arbeitsverhältnis ja gerade nicht zum Ausdruck bringen wollen, obwohl materiell ein Abhängigkeitsverhältnis begründet werden soll.

Für die Annahme einer abhängigen Arbeitnehmer-Stellung spricht auch folgende Überlegung: Würde der Aktive eine entsprechende Vereinbarung direkt mit einem Skifabrikanten schließen ¹⁸³⁾, so verstieße er damit gegen die Regel Nr. 26 des IOC (Amateurparagraph).

181) Als Bemessungsgrundlage hierfür zieht man das fiktive Einkommen eines entsprechend qualifizierten Skilehrers heran, wodurch die Entschädigung eher den Charakter eines Gehalts gewinnt. Die Höhe dieser Bezüge wird nicht zuletzt auch von Zuwendungen für besondere Plazierungen, d.h. Sieg- und Platzprämien bestimmt.

182) vgl. Ziff. 3 der Verpflichtungserklärung

183) "Testfahrer" für 2 Jahre, danach Kündigung möglich; festes Gehalt mit Prämien.

Andererseits aber bestünden wohl kaum Bedenken, in diesem Fall ein Arbeitsverhältnis mit Weisungsrecht zu bejahen. Die derzeitige Praxis zielt also lediglich darauf ab, durch Zwischenschaltung des DSV den Amateurbestimmungen gerecht zu werden, verändert aber an der persönlichen Abhängigkeit (die hier deutlich mit der wirtschaftlichen Abhängigkeit einhergeht) nichts, wenn man davon absieht, daß die Subordination statt dem Fabrikanten dem DSV gegenüber besteht. Auch zeigen die derzeitigen Überlegungen und Bemühungen hinsichtlich der Einführung des B-Lizenzfahrers ¹⁸⁴⁾, daß man die gegenwärtige Situation für unbefriedigend hält, und die Zweiteilung des alpinen Skiläufers nur mehr eine Frage der Zeit sein kann. Die damit zusammenhängenden, unausgegorenen Probleme ¹⁸⁵⁾ ließen die Zeit für den Lizenzfahrer noch nicht reif erscheinen ¹⁸⁶⁾. Gleichwohl wird aus diesen Bemühungen deutlich, daß man die gegenwärtige Situation offiziell fundamentieren möchte; damit aber bringt man gleichzeitig zum Ausdruck, daß der (damalige) Vertragsfußballspieler, der (geplante) Eishockeyvertragsspieler und der (geplante) Lizenzskifahrer in ihrem sozialen Schutzbedürfnis auf ein und derselben Stufe stehen und die Annahme einer abhängigen Arbeitnehmer-Stellung bereits zum gegenwärtigen Zeitpunkt rechtfertigen.

184) vergl. Pressenotiz Südd. Zeitung vom 23.4.76

185) Wer wird Arbeitnehmer? Wieviel Prozent seiner Einnahmen muß der Fahrer an seinen Verband abführen, der ihn ausgebildet hat? Werbewirksamkeit, wenn keine Teilnahme an der Olympiade erfolgen darf? Weitere Unterstützung durch das Bundesinnenministerium?

186) vergl. Pressenotiz Südd. Zeitung vom 27.4.76; 23.6.76; 25.6.76.

3) Tennis

Im Tennissport war es für den Spitzenspieler schon sehr früh üblich, die Teilnahme an Turnieren und sonstigen Wettkämpfen von einer großzügigen "Spesensvergütung" abhängig zu machen. Aufgrund dieser Gepflogenheiten schied Tennis auch für die Zukunft aus dem Kreis der olympischen Disziplinen aus und veranlaßte den Deutschen Tennis-Bund (DTB) Ende der sechziger Jahre, unter Aufgabe der bisherigen Differenzierung zwischen Berufsspieler und Amateur, den einheitlichen Begriff des "Spielers" einzuführen.

Als selbständiger Unternehmer kann sich der Wettkämpfer frei entscheiden, wann er an welchem Turnier teilnimmt; andererseits richtet sich sein monatliches Einkommen allein nach seinen Leistungen, d.h. das Erfolgsrisiko liegt in seinen Händen.

Darüberhinaus nehmen fast alle deutschen Spitzenspieler an den Verbandsspielen des DTB als Mitglieder einer Vereinsmannschaft teil ¹⁸⁷⁾, was sie sich auch entsprechend vergüten lassen. Um sich die sportlichen Dienste während der gesamten Verbandsrunde zu sichern, werden "Vereinbarungen" getroffen, in denen die finanziellen Zuwendungen zum Wettkampfeinsatz in Relation gesetzt werden, d.h. die Zuwendungen müssen zurückgezahlt werden, sollte ein Einsatz aus zurechenbaren Gründen unmöglich sein (z.B. vorgetäuschte Krankheit).

187) Die amerikanischen Tennisspielervereinigungen WCT und WTT seien als mögliche Arbeitgeber der einzelnen Spieler hier zwar erwähnt, bleiben aber für die Untersuchung außer Betracht.

In Großvereinen werden die Mitglieder oftmals nichts dagegen einwenden, wenn aus Renommee-Gründen der Sportetat (der schließlich aus Mitgliedsbeiträgen finanziert wird) entsprechend hoch angesetzt wird, um die vereinbarten "Trainingszuschüsse" hieraus an die Spieler zahlen zu können. Stößt diese Praxis auf Widerstand bei den Mitgliedern, so finden sich vielfach Gönnergruppen, die mit dem Spieler eine private Abmachung hinsichtlich Spielverpflichtung und Bezüge treffen. In beiden Fällen besteht für den Aktiven die Verbindlichkeit zur Teilnahme an den Pflichtspielen, will er keine finanziellen Einbußen erleiden. Damit stehen Leistung und Gegenleistung in einem abhängigen Austauschverhältnis. Mit dieser Verpflichtung zur sportlichen Aktivität geht meist das ausdrückliche oder stillschweigende Verbot gefährlicher Sportarten einher, zu dessen Durchsetzung nicht selten sogar vereinbarte Vertragsstrafen dienen. Diese Bindungen werden regelmäßig nur für eine Saison eingegangen ¹⁸⁸⁾, was aber nicht ausschließt, daß man im Rahmen eines kontinuierlichen Aufbaus und gezielter Sportplanung eine längerfristige Bindung anstrebt. Während im ersten Fall eine Vertragsbeendigung zum Ende einer Saison automatisch eintritt, wird diese bei einer mehrjährigen Verpflichtung auf zwingende Gründe (z.B. Abstieg der Mannschaft in eine niedrigere Spielklasse, Auflösung des Clubs, berufliche Veränderung oder Versetzung) beschränkt bleiben.

188) Zum besseren Verständnis sei hier erklärt: Die Beendigung der Vereinsmitgliedschaft ist gewöhnlich nur zum 31.12. möglich. Die Verbandsspiele dauern je nach Witterung von Anfang Mai bis Mitte Juni (ca. 6 -8 Wochen). Nach Meldung an den Verband oder - falls der Spieler von mehreren Vereinen gemeldet wurde - nach Bestreiten des ersten Verbandsspiels scheidet ein Einsatz für einen anderen Verein während der laufenden Saison aus.

Trotz dieser Verpflichtung zum Sport und der Gewährung finanziellen Vorteils läßt sich der Tennisspieler nicht auf eine Stufe mit dem typischen Arbeitnehmer stellen. Zum einen trainiert der Spieler individuell nach eigenem Gutdünken bzw. nach Anleitung eines vom Verband gestellten Trainers im Rahmen eines Lehrgangs, denn der Bayer. Tennisverband und der DTB sind im Interesse des allgemeinen Tennissports darauf bedacht, talentierte Akteure an das internationale Leistungsniveau heranzuführen. Aber auch eine Leistungsförderung durch den Trainer des Clubs begründet für den Spieler keine Weisungsgebundenheit gegenüber dem Verein, denn der Tennislehrer ist in der Regel kein Angestellter des Vereins, sondern er arbeitet auf eigene Rechnung und eigenes Risiko, d.h. er erzielt seine Einkünfte durch die Kursgebühr der Tennisschüler und versucht im Rahmen eines selbständigen Vertrages mit dem Schüler dessen gesamte Spielstärke zu verbessern.

Etwas mehr Beachtung verdienen die sog. Förderverträge, die der Deutsche Tennis-Bund mit den talentiertesten Nachwuchskräften bzw. deren Eltern schließt. Durch gezielte sportliche Förderung bei gleichzeitiger sozialer Absicherung soll den Eltern der Entschluß erleichtert werden, die schulische Weiterbildung ihrer Kinder zunächst für einige Zeit aufzuschieben oder ihnen gar zum Tennis als Beruf zu raten ¹⁸⁹⁾.

189) vgl. Pressenotiz Südd. Zeitung vom 18.5.76

Ein Vergleich mit dem sog. Lehrverhältnis scheint sich hier geradezu aufzudrängen. Nach vielen Jahren des Streits über die Frage, ob der Lehrling Arbeitnehmer im Sinne unseres Arbeitsrechts sei, wird die Anwendung der arbeitsrechtlichen Regeln heute allgemein bejaht ¹⁹⁰⁾. Das Bundesarbeitsgericht ¹⁹¹⁾ stellte sich eindeutig hinter die herrschende Auffassung von der Arbeitnehmereigenschaft des Lehrlings und begründet dies damit, "daß der Lehrling dem Arbeitgeber zur Arbeitsleistung verpflichtet ist, er dadurch in persönliche Abhängigkeit gerät, in den Betrieb eingegliedert wird und somit eine ähnliche Stellung wie ein sonstiger Arbeitnehmer erhält." Diese Begründung macht deutlich, warum die Nachwuchsspieler nicht in einem Lehrverhältnis zum DTB stehen. Zum einen darf nämlich der Eingliederung im Sport nur ganz geringe Bedeutung zugemessen werden, zum anderen erbringt das förderungswürdige Nachwuchstalent dem Verband gegenüber keine wirtschaftlich verwertbare Leistung, steht also nicht in dessen Dienst. Der DTB investiert lediglich in diese Jugendspieler ohne eine Gegenleistung zu erhalten, in der Hoffnung, daß der eine oder andere aus diesem Förderkreis später einmal für internationales Ansehen sorgende Leistungen erbringen wird.

190) vgl. Kaskel-Dersch, a.a.O., S. 248; Hueck-Nipperdey, a.a.O., S. 83; Bühring, "Die arbeitsrechtliche Stellung des Lehrlings", AuR 1959, S. 65; Nikisch, a.a.O., S. 870

191) Urteil vom 29.10.57, AP Nr. 10 zu § 611 BGB, "Lehrverhältnis"

4) Tischtennis

Auch diese Sportdisziplin kennt nur den Begriff des "Spielers", da Geldzuwendungen auf diesem Sektor seit einiger Zeit üblich sind ¹⁹²⁾. Im übrigen beansprucht das zum Tennissport Ausgeführte hier ebenfalls Geltung mit der Folge, auch hier den Arbeitnehmer-Begriff anzulehnen.

5) Handball

In dieser Sportart versucht der Deutsche Handball-Bund (DHB), der Vorherrschaft der "Profimannschaften aus dem Ostblock" durch den Einsatz junger, ehrgeiziger Talente und intensive Schulung in Lehrgängen wie Turnieren Paroli zu bieten. Für viele der Auswahlspieler bedeutet dieses "Handball total" aber neben finanziellen Einbußen auch Verzögerungen in der Berufsausbildung, da sich alle Mitglieder des DHB-Kaders verpflichteten, an 90 Tagen des Jahres für Lehrgänge und Spielreisen zur Verfügung zu stehen ¹⁹³⁾. Diese Abmachung besteht zwar nur mündlich mit dem Verband und erfolgte nach Absprache mit den jeweiligen Arbeitgebern, gleichwohl bedeutet diese Vereinbarung eine Handballpflicht für mehr als 1/4 der jährlichen Arbeitstage, will der Spieler nicht sein sportliches Ziel durch Nichtberücksichtigung in der Nationalmannschaft gefährden. Was dennoch gegen die Annahme der persönlichen Abhängigkeit im Sinne einer unselbstständigen Arbeitnehmer-Stellung spricht, ist die Tatsache,

192) vgl. Pressenotiz Südd. Zeitung v. 26.3.76 und v. 28./29.8.76, woraus besonders die vertragliche Bindung hervorgeht.

193) vgl. Pressenotiz Südd. Zeitung v. 20./21.12.75

daß als Äquivalent für den enormen Zeitaufwand nur eine geringfügige Entschädigung pro Tag geleistet wird, also keine genaltähnliche Zahlung erfolgt. Darüberhinaus steht es jedem der Aktiven völlig frei, sich seiner Berufung in die Nationalmannschaft zu entziehen, ohne Regreßansprüche oder Disziplinarmaßnahmen befürchten zu müssen. Trotz der engen Bindung an den DHB steht also das Moment der Freiwilligkeit derart im Vordergrund, daß sich die Annahme einer abhängigen Arbeitnehmer-Stellung verbietet.

Die Spielbereitschaft für die jeweilige Mannschaft seines Vereins beruht in vielen Fällen auch heute noch allein auf der Mitgliedschaft des Handballathleten. Steuerrechtliche Aspekte lassen allenfalls eine Spesenvergütung im Rahmen des Sportetats zu, wobei man bei herausragenden Athleten teilweise einen großzügigen Maßstab anlegt.

Für unsere Untersuchung einschlägig sind jedoch die Fälle, in denen die Spielbereitschaft mit 5-stelligen, ja manchmal sogar mit 6-stelligen Beträgen pro Jahr erkauft wird ¹⁹⁴⁾. Daß bei diesen finanziellen Größenordnungen mit Leistung und Gegenleistung, Rechten und Pflichten der Rahmen des nur statuarischen Rechtsverhältnisses verlassen wird, ist einleuchtend. In der Praxis schließt der Spieler mit einer Privatperson eine separate Vereinbarung, wonach er sich zu den notwendigen Spielen der betreffenden Vereinsmannschaft verpflichtet und dafür (meist in Raten oder auf ein Sperrkonto) einen entsprechenden Geldbetrag von dem Privatmann erhält. Insgesamt ähnelt diese Handhabung - insbesondere auch bezüglich der "Lohnfortzahlung bei Verhinderung bzw. im Krankheitsfall" - sehr stark den Gepflogenheiten im Spitztennis, d.h.

194) Diese Zahlen sind das Ergebnis eigener Nachforschungen.

stillschweigend oder ausdrücklich sind andere gefährliche Sportarten untersagt, der Aktive hat durch ständiges Training seine bestmögliche Leistungsform anzustreben und sich voll für den Erfolg der Mannschaft einzusetzen. Im Unterschied zum Tennisspieler hat er sich aber den Weisungen des Vereinstrainers unterzuordnen, jedoch ist dies bei Mannschaftssportarten aus Gründen der Koordination regelmäßig der Fall. Faßt man zusammen, so besteht für den betreffenden Handballer die Pflicht, für jährlich 5 - 6 Monate im Handballsport seine Hauptaufgabe zu sehen; er erhält dafür ein Salär von dem er leben könnte oder sogar leben kann und ist den Weisungen des Vereinstrainers insbesondere hinsichtlich Zeit und Ort des Trainings bzw. des Wettkampfes unterworfen. Bedenkt man noch, daß durch die saisonbedingte Leistungspflicht die Einbringung des Urlaubs nicht mehr der freien Disposition des Spielers unterliegt, so erfüllt der einzelne Sportler alles in allem damit Voraussetzungen, welche die Annahme der persönlichen Abhängigkeit und damit der Arbeitnehmereigenschaft nahelegen. An diesem Abhängigkeitsverhältnis zum privaten Gönner ändert auch die Tatsache nichts, daß die sportliche Leistung als Arbeit von vornherein nicht an den vertragschließenden Arbeitgeber, sondern an einen Dritten, nämlich den Handballverein erbracht werden soll ¹⁹⁵⁾. Da der Verein weder aus dem mitgliederschaftlichen Rechtsverhältnis, noch aus den Vertragsbeziehungen zwischen dem Spieler und dem Privatmann ein unmittelbares Recht auf die sportliche Leistung herleiten kann, bleibt beim unechten Vertrag zugunsten Dritter in jedem Fall allein der Vertragspartner

195) Diese Konstruktion eines Vertrages zugunsten Dritter im Sinne von § 328 BGB wird allgemein auch im Arbeitsrecht anerkannt. Vergl. Staudinger Mohnen-Neumann, Anmerkung 25 und 49 zu § 611; Dersch, Arbeitsrecht-Blattei, Arbeitgeber, B III, 5/6

Arbeitgeber ¹⁹⁶⁾, der allerdings einzelne Rechte (insbesondere das Weisungsrecht) an den Verein bzw. den Vereinstrainer überträgt.

Was den Begriff des sog. "Spielertrainers" angeht, so bedarf es hier keiner vergleichenden Analyse der Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Frankfurt ¹⁹⁷⁾, in der dem Fußballtrainer eines kleinen Vereins die Arbeitnehmer-Eigenschaft versagt wurde. Beim Spielertrainer liegt die Betonung auf Spieler, d.h. er bleibt in erster Linie Aktiver der Vereinsmannschaft. Die Statuten der Sportverbände erlauben ihm aber eine Spesenvergütung von ca. 200.-- DM pro Monat, durch den Verein, für die zusätzliche Betreuung und Spielvorbereitung der Mannschaft. Angesichts der außergewöhnlichen Verdienstmöglichkeiten im deutschen Bundesligahandball ¹⁹⁸⁾ wirkt diese legale Möglichkeit des bezahlten Sports geradezu lächerlich. Die für Mannschaft und Verein wichtigen, d.h. herausragenden Leistungsträger werden deshalb zusätzlich durch die oben erwähnte Praxis der "privaten Spielverpflichtungserklärungen" gebunden, wobei allerdings hinsichtlich der Weisungsabhängigkeit die Besonderheit auftritt, daß der Spielertrainer seinen eigenen Weisungen "unterworfen" wird. In diesem Fall muß man aber wohl auf das primäre Weisungsrecht des Mäzens abstellen.

Als Fazit läßt sich die Strukturähnlichkeit der typischen Arbeitnehmer-Position mit der Rechtsstellung des vertraglich gebundenen Handballspielers erkennen.

196) Vergl. Staudinger-Neumann, a.a.O.; Dersch a.a.O.

197) AP Nr. 4 zu § 611

198) Jahresverdienste von DM 20.000.-- bis 100.000.-- sind aufgrund eigener Untersuchungen nicht selten;

Die Offiziellen des DHB scheuen sich aber offensichtlich davor, dieser Tendenz aus idealistischen Gründen und drohenden Konsequenzen durch Satzungsänderungen Rechnung zu tragen. Anders ist es nicht zu erklären, daß auf dem Bundestag des Deutschen Handballbundes am 24.4.76 die zur Bekämpfung des "grauen Marktes" beantragte Einführung von Ablösezahlungen zwischen den Vereinen und langdauernden Spielsperren bei Vereinswechseln keinen Erfolg hatte ¹⁹⁹⁾. Mit dieser Entscheidung hätte man nämlich gleichzeitig den Boden für die Statuierung des Vertragsspielers geschaffen, wovor man augenscheinlich zurückschreckt. Die Zeit für derartige Neuerungen scheint dafür erst reif, wenn der mythologische Begriff vom olympischen Amateur überwunden werden kann. Nicht die scheinbar heile Sportwelt, sondern die Realität des kommerzialisierten Hochleistungssports bilden aber die Grundlage dieser Untersuchung.

6) Leichtathletik

In der Leichtathletik waren es weder Verbände noch Vereine, sondern die Sportartikelindustrie, welche durch direkte oder indirekte Zuwendungen an den Athleten den Gedanken vom olympischen Amateur ins Wanken brachte. Derartige "Finanzzuschüsse" und die Annahme geforderter Startgelder bei Leichtathletikkämpfen mögen zwar aus sportlicher Sicht den Amateurbestimmungen zuwiderlaufen, die arbeitsrechtliche Selbständigkeit wird davon aber nicht berührt. Dem Fabrikanten gegenüber besteht keine Pflicht zur sportlichen Betätigung, die wegen der angestrebten Verwendung der betreffenden Sportartikel gerade vorausgesetzt wird;

199) vgl. Pressenotiz Südd. Zeitung vom 24.4. und 26.4.76

es fehlt an der regelmäßigen Bezahlung und einer Eingliederung in den Betrieb, sofern der Athlet nicht als Sportartikelverkäufer, Verkaufsberater oder dergleichen für eine Firma tätig wird. In diesen Fällen kann ein Arbeitsverhältnis zwar nicht bestritten werden, jedoch beruht dieses nicht auf einer Sportpflicht, d.h. der Athlet wird nicht in seiner Eigenschaft als Sportler zum Arbeitnehmer.

Dem Sportveranstalter gegenüber erbringt der Sportler eine abgeschlossene Einzelleistung und nicht eine Teilleistung im Rahmen einer Gesamtleistung.

Dem Verein gegenüber bestehen in der Regel keine sportlichen Pflichten, die über diejenigen aus der Mitgliedschaft hinausgehen. Die Freiwilligkeit der sportlichen Leistung prägt in diesem Verhältnis die Rechtsbeziehung, zumal sich für einen Turn- und Sportverein die Bindung eines Leichtathleten wirtschaftlich kaum verwerten läßt.

Letztlich sei noch auf das Verhältnis zum Deutschen Leichtathletik-Verband hingewiesen, das allein auf dem sportorganisatorischen Aufbau beruht. Auch die Trainingsanleitung durch Verbands- oder Vereinstrainer ändert nichts an der arbeitsrechtlich neutralen Beurteilung, trotz finanzieller Unterstützung durch die Stiftung Deutsche Sporthilfe, die nur echten Beihilfecharakter besitzt und keine Entlohnung für sportliche Leistung sein kann.

Mit den analysierten Sportarten sollten aus dem umfangreichen Katalog der Sportdisziplinen nur diejenigen besonders herausgestellt werden, in denen die Werbewirksamkeit bzw. das Publikumsinteresse aus finanziellen

Überlegungen eine mehr als sportorganisatorische Bindung und damit Abhängigkeit zu bedingen scheinen. Im übrigen Bereich des gesamten Hochleistungssports ²⁰⁰⁾ mag im einen oder anderen Fall zwar eine Kollision mit Amateurbestimmungen vorliegen, mangels Aktualität für das breite Sportpublikum wird aber die Bindung an e i n e n Sportträger fehlen und damit eine abhängige Arbeitnehmer-Position nicht gerechtfertigt werden können. Sollte die Kommerzialisierung auch in jene Bereiche des Sports noch vordringen, so muß eine arbeitsrechtliche Beurteilung anhand der oben entwickelten Kriterien zum Hochleistungssport gewonnen werden.

200) Schwimmen, Reiten, Gewichtheben, Segeln etc.

D) 3. Kapitel

Grundbegriffe des Arbeitsrechts im
Berufssport

I. Arbeitgeber - Betrieb - Unternehmen

Die Erarbeitung des Arbeitnehmerbegriffs gewährt gleichzeitig Erkenntnisse über den gegenteiligen Begriff, nämlich den des Arbeitgebers. Arbeitgeber ist demnach derjenige, zu dem das besagte Abhängigkeitsverhältnis besteht, für den also andere Personen Sport als echte Arbeit in einem abhängigen Dienstverhältnis leisten. Besonderheiten - speziell betriebsverfassungsrechtlicher Art - tauchen vor allem dort auf, wo außer der Industriefirma ein Verein, Verband oder sogar Privatmann als Arbeitgeber fungieren. Im übrigen ergeben sich für den Begriff des Arbeitgebers als solchen im Rahmen des Berufssports keine Schwierigkeiten.

Von weit größerer Bedeutung für zahlreiche arbeitsrechtliche Vorschriften ist der Begriff des Betriebes, der im weitesten Sinne zu verstehen ist und nicht nur wirtschaftliche oder gar nur gewerbliche Betriebe umfaßt. Er dient sehr oft als Anknüpfungspunkt für entscheidende Rechtsfragen, ohne jedoch vom Gesetz näher bestimmt zu werden ¹⁾. Üblicherweise wird der Betrieb definiert als organisatorische Einheit, innerhalb derer ein Unternehmer allein oder in Gemeinschaft mit anderen, unter Verwendung von sächlichen und immateriellen Mitteln, bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolgt ²⁾.

1) vergl. § 1 Betriebsverfassungsgesetz; § 1 Kündigungsschutzgesetz; § 1 Arbeitszeitordnung.

2) Nikisch, a.a.O., S. 150; Hueck-Nipperdey, a.a.O., S. 93; Dietz-Richardi, § 1 Betriebsverfassungsgesetz, Anm. 57; Söllner, a.a.O., S. 30

Im Kern hervorzuheben sind also eine bestimmte Organisation, Arbeitsmittel materieller Art und die Erreichung eines technischen Zwecks. Unter Betrieb sind aber nicht nur die eigentlichen Produktionsbetriebe, sondern auch Verwaltung, Büros, Läden, Apotheken und Krankenhäuser zu verstehen ³⁾.

Im bezahlten Sport deuten Organisationen verschiedener Erscheinungsformen auf einen Betrieb im arbeitsrechtlichen Sinne. So seien hier erwähnt: die Eishockey-, Handball-, Fußball- und anderen Vereine der Bundesligen, die Abteilungen in gemischten Sportvereinen, die Rennställe von Automobilfirmen, die Werksmannschaften von Firmen der Fahrrad- und Motorradindustrie, die Veranstalter tourneeartiger Catcherturniere und nicht zuletzt der Deutsche Skiverband (DSV), als Dachverband des deutschen Skisports. Alle diese Organisationen verfügen über materielle Arbeitsmittel und verfolgen sehr oft den technischen Zweck, sportliche Leistungen zu "produzieren". Betont sei an dieser Stelle nochmals, daß für den Begriff des Betriebes nur der unmittelbare arbeitstechnische Zweck der Tätigkeit, nicht aber das Motiv des Unternehmers ausschlaggebend ist. Im letzteren Fall spricht man von einem für den Unternehmensbegriff maßgebenden, wirtschaftlichen Zweck. Regelmäßig deckt sich der Umfang des Unternehmens mit dem eines Betriebes. Dies ist aber nicht notwendig. Folglich können mehrere wirtschaftlich verflochtene Betriebe ein Unternehmen bilden, während ein Betrieb ohne wirtschaftlichen Zweck ⁴⁾ in seiner

3) Fitting-Auffahrt-Kaiser, Betriebsverfassungsgesetz § 1 Anm. 20

4) z.B. jemand unterhält aus sportlichen Idealismus ohne Gewinnerzielungsabsicht einen Rennstall. Voraussetzung für den Begriff des Betriebes bleibt jedoch, daß die beschäftigten Sportler echte Arbeit leisten.

Eigenschaft als Betrieb im arbeitsrechtlichen Sinne unberührt bleibt. An dieser Stelle tauchen die schwierigen Abgrenzungsfragen auf, ob unselbständige Betriebsabteilungen zu einem einheitlichen Betrieb zusammengefaßt sind, oder ob mehrere selbständige Betriebe vorliegen, die wirtschaftlich zu einem Unternehmen verschmelzen können und ein Gesamtbetriebsrat (§ 47, Betriebsverfassungsgesetz) zu errichten ist.

Die Betriebseinheit erfordert neben der Identität des Inhabers für die verschiedenartigen Betriebsbestandteile eine Einheit der Zweckbestimmung, da die Zusammenfassung zum einheitlichen technischen Zweck für den Betriebsbegriff entscheidend ist ⁵⁾. Die verschiedenen Bestandteile müssen also tatsächlich organisatorisch miteinander verbunden sein, was am deutlichsten in der Einheit der technischen Leitung hervortreten pflegt ⁶⁾. Mehrere selbständige Betriebe liegen hingegen vor bei fehlender Personenidentität oder bei verschiedenartiger Zweckbestimmung mit eigener Organisation. Diese Abgrenzung gewinnt Bedeutung bei Fragen der Betriebszugehörigkeit, Betriebsveräußerung und Stillegungen, der Art des Betriebes und damit für den Geltungsbereich von Tarifverträgen.

Im Bereich des kommerzialisierten Sportbetriebes sind die einzelnen Organisationen unterschiedlich ausgestaltet. Bei Bundesligavereinen, die nur ihren spezifischen Sport betreiben, wird von der bezahlten Mannschaft ebenso der technische Zweck einer sportlichen Spitzenleistung verfolgt, wie in den reinen

5) Hueck-Nipperdey, a.a.O., S. 94

6) Reichsarbeitsgericht Band 9, S. 425; 46, S. 316; Nikisch, a.a.O., S. 154; Hueck-Nipperdey, a.a.O., S. 95

Amateurabteilungen oder den Schüler- und Seniorenmannschaften eines Vereins. Auf beiden Ebenen wird das Ziel einer sportlichen Vorrangstellung angestrebt, wobei der bezahlte Spitzensport dank seines höheren Leistungsniveaus mehr Beachtung findet und den Verein daher stärker repräsentiert. Die gemeinsamen Sportstätten, der aufgeteilte Sportetat in seiner Gesamtheit und die Einheit der Organisation sprechen eindeutig für einen einheitlichen Betrieb.

Bei Vereinen, in denen unterschiedliche Sportarten gepflegt werden, sprechen die meist mit gewisser Eigenständigkeit versehenen Abteilungen für selbständige Betriebe, die im "Unternehmen" des Gesamtvereins zusammengefaßt sind ⁷⁾. Gleichwohl darf aber hier nicht verkannt werden, daß die nach außen juristisch unselbständigen Sportabteilungen den einheitlichen Zweck des "Sporttreibens" verfolgen. Insbesondere schadet die Verschiedenartigkeit der Sportdisziplinen nicht, da sie ja organisatorisch zu einem Gesamtzweck zusammengefaßt sind ⁸⁾. Die Mitglieder der einzelnen Abteilungen müssen an den Hauptverein ebenfalls einen Beitrag abführen, so daß die eigenständige Verwaltung der Abteilungen eher unter dem Gesichtspunkt einer Dezentralisation von der Hauptorganisation des Gesamtvereins gesehen werden muß. Im Bereich des Berufsfußballs zeigt § 10 LspSt deutlich, daß die Spieler der Lizenzfußballabteilung nicht deren Angestellte, sondern des Vereins in seiner Gesamtheit sind.

7) so Börner, a.a.O., S. 101

8) vgl. RAG Band 27, S. 91; Hueck-Nipperdey, a.a.O., S. 94 Anm. 10; Dietz, a.a.O., § 1 Anm. 34 Betriebsverfassungsgesetz;

Der als privatrechtlicher Verein organisierte Deutsche Skiverband (DSV) zählt automatisch alle Mitglieder eines Skiclubs zu seinen eigenen Mitgliedern. Daneben haben sich auch viele Skisportler auf freiwilliger Basis dem DSV angeschlossen. Er verwaltet die Organisation seiner Mitglieder, gewährt Schadensabdeckung im Falle eines Skidiebstahls, Ski-bruchs oder Skiunfalls und will ganz allgemein den Skisport fördern. Insbesondere durch die Verwaltung verfolgt der Verband einen arbeitstechnischen Zweck und läßt ihn zum Betrieb werden. Daneben erfüllt der DSV durch die Einrichtung seines "Skipools" für die nationalen Spitzenfahrer die Funktion eines Katalisators zum Professionalismus. Wegen der einheitlichen Organisation stellt diese Einrichtung keinen selbständigen Betrieb dar, sondern ist Teil des Ganzen. Die Einrichtung des "Skipools" hat innerhalb des Betriebes DSV eine eigene Aufgabe zu erfüllen ⁹⁾, die sich von anderen Verbandsabteilungen unterscheidet, in ihrer Zielsetzung letztlich jedoch dem arbeitstechnischen Zweck des Gesamtbetriebes dient ¹⁰⁾. Wegen der Einheitlichkeit der Organisation kann für diesen Betriebs-teil die Selbständigkeit auch nicht gemäß § 4 Betriebs-verfassungsgesetz fingiert werden, sondern es handelt sich beim DSV um einen einheitlichen Betrieb, in dem mehrere arbeitstechnische Zwecke verfolgt werden ¹¹⁾.

Nachdem hinter dem betriebstechnischen Zweck noch das Motiv der allgemeinen Förderung des Skisports steht, deckt sich aufgrund der zentralistischen Organisation

9) durch finanzielle Absicherung und Honorierung der Spitzenfahrer soll die Leistungsbereitschaft gefördert werden und mit den erhofften Siegen und guten Placierungen eine Breitenwirkung für den Skisport erzielt werden.

10) zum Begriff des Betriebsteils vgl. Kraning a.a.O., S. 24/25

11) vgl. Fitting-Auffahrt-Kaiser, a.a.O., § 4 Am 2; Dietz-Richardi a.a.O., § 1 Am 53

der Begriff des Betriebes mit dem des Unternehmens ¹²⁾.

Ergebnis: Die Mitglieder der DSV-Nationalmannschaft stehen zum einheitlichen Betrieb des Deutschen Skiverbandes als Arbeitnehmer in vertraglicher Beziehung und sind daher Teil der Gesamtbelegschaft. Mithin stehen auch ihnen die aktiven und passiven Rechte aus dem Betriebsverfassungsgesetz zu.

Die im Fahrrad- und Motorsport üblichen Werksmannschaften erhalten ihre notwendigen Betriebsmittel größtenteils von ihren Industriefirmen, die wiederum durch sportliche Erfolge das Image der eigenen Firmenmarke aufwerten wollen. Die Erprobung von Motoren oder Zubehörteilen im sportlichen Rennen unterscheidet sich kaum von einem betriebseigenen Versuchslaboratorium, allerdings verbunden mit dem nützlichen Nebeneffekt einer verkaufsfördernden Werbewirkung. Auch wenn ausschließlich Reklame- oder Werbezwecke verfolgt werden, so liegt der technische Zweck des Rennstalls ¹³⁾ in der Erlangung sportlicher Erfolge. Nachdem der Etat für die Rennsportabteilung in seiner Höhe vom Hauptbetrieb genehmigt werden muß und dieser Hauptbetrieb einen verantwortlichen Rennsportleiter mit der Organisation betraut, ist der Rennstall bzw. die Werksmannschaft daher als "Werbeabteilung" kein eigenständiger Betrieb, sondern nur ein unselbständiger Betriebsteil der Industriefirma. Die Konstrukteure, Techniker und Rennfahrer zählen daher zur Belegschaft der gesamten Firma.

12) vgl. Dietz-Richardi, a.a.O., § 1 Anm 58/59;

13) in diesem Fall bezeichnet man die Firmenmannschaft nicht mehr als Werksmannschaft.

II. Betriebsverfassungsrecht - Theorie und Wirklichkeit

Im folgenden sollen nicht die zahlreichen Probleme des Betriebsverfassungsgesetzes behandelt werden, sondern es soll lediglich herausgestellt werden, daß sowohl im anerkannten abhängigen Berufssport, als auch im bezahlten Hochleistungssport die Voraussetzungen für die Anwendung des Betriebsverfassungsgesetzes vorliegen und von den betreffenden Arbeitgebern nicht länger ignoriert werden können ¹⁴⁾.

Die Handball-, Fußball-, Eishockey-Vereine, der Deutsche Skiverband und die Motorsport-Industriefirma beschäftigen als Betrieb in der Regel mehr als fünf ständige Arbeitnehmer, mit der Konsequenz, daß gem. § 1 Betriebsverfassungsgesetz ein Betriebsrat zu wählen ist. Diese Vorschrift legt keineswegs einen absoluten Errichtungszwang für einen Betriebsrat gesetzlich fest ¹⁵⁾. Allerdings gewährt das Betriebsverfassungsgesetz in den §§ 16 und 17 mindestens drei wahlberechtigten Betriebsmitgliedern bzw. einer im Betrieb vertretenen Gewerkschaft die Möglichkeit, die Bestellung eines Betriebsrates zu initiieren. Während die Einrichtung eines Betriebsrates und die Anwendbarkeit des Betriebsverfassungsgesetzes im Motor- und Radsport als verhältnismäßig unproblematisch bezeichnet werden kann ¹⁶⁾,

14) Hiervon ausgenommen werden müssen Mäzene und Sponsoren, die mit einzelnen Sportlern private Sportpflichtvereinbarungen getroffen haben, denn insoweit fehlt es regelmäßig an den Voraussetzungen des § 1 Betriebsverfassungsgesetz. Die Frage, ob in diesen Fällen überhaupt ein Betrieb vorliegt, kann deshalb dahingestellt bleiben.

15) vgl. Bleistein, Betriebsverfassungsgesetz in der Praxis, Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, § 1 Anm 2;

16) Die Industriefirmen sind arbeitstypische Betriebe;

stößt die geforderte Errichtung von Betriebsräten bei den Sportvereinen und -verbänden auf Ablehnung. Bei den Handball- und Eishockeyvereinen mag dies mit der Inkongruenz zwischen dem "Amateursport" und dem üblichen arbeitsrechtlichen Erscheinungsbild erklärt werden. Aus diesem Grunde sei anhand des Fußballbundesligaveraines die Problematik erörtert, da dieser Bereich des bezahlten Sports heute arbeitsrechtlich schon sehr konkrete Formen angenommen hat und auf dem Gebiet des anerkannten Berufssports Pionierarbeit geleistet hat.

Trotz der in den §§ 16 und 17 Betriebsverfassungsgesetz eingeräumten Möglichkeit ist es der Deutschen Angestelltengewerkschaft bis heute lediglich in einem einzigen Verein der 2. Liga Süd ¹⁷⁾ gelungen, einen Betriebsrat zu errichten. Im allgemeinen herrscht nämlich unten den Funktionären die Ansicht, daß sich die Spieler bei so enormen Bezügen einem autoritären Weisungsrecht zu unterwerfen hätten, wobei auch ein Vergleich mit dem leitenden Angestellten aus § 5 Abs. III Betriebsverfassungsgesetz nicht gescheut wird. Dieser Hinweis muß aber versagen, da der Profifußballer keinerlei unternehmerische Teilaufgaben wahrnimmt und die Höhe des Gehalts grundsätzlich unerheblich ist ¹⁸⁾. Diese negative Tendenz der Vereine führt in der Praxis dazu, daß sich für eine Kandidatur zum Betriebsrat niemand bereit findet. Andererseits aber wurde in vielen Vereinen bereits erkannt, daß die Aktiven und der Verein in weit größerem Maße aufeinander angewiesen sind, als dies im Rechtsverhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber sonst üblich ist.

17) TSV 1860 München

18) Fitting-Auffahrt-Kaiser, Handkommentar zum Betriebsverfassungsgesetz § 5, Anm. 21;

Der Verein benötigt aus finanziellen Gründen die herausragende sportliche Leistung jedes einzelnen, ist hierbei aber auf einen kleinen Markt von entsprechend qualifizierten Spielern angewiesen. Umgekehrt kann der einzelne Spieler seine gehobenen Gehaltswünsche nur durch sportliche Erfolge im Zusammenwirken mit anderen guten Akteuren in einer Mannschaft realisieren, was ihm aber wiederum nur ein finanzstarker Verein ermöglichen kann. Aus diesem Grunde schenkt man heute schon der beratenden Stimme eines Spielführers, Mannschaftssprechers oder Spielerobmannes besondere Beachtung und findet in Streitfällen meist eine gemeinsame Basis. Diese Übung einer demokratischen Mitsprache ist aber rechtlich keineswegs abgesichert, sondern beruht auf der freiwilligen Überlegung, besonders qualifizierte Leistungsträger in die Verantwortung für den sportlichen Erfolg mit einzubeziehen. Aufgrund der oben gewonnenen Erkenntnis beschränkt sich der betriebsverfassungsrechtliche Aspekt nicht nur auf die Fußballvereine der Bundesliga, sondern muß auch für die Bundesligavereine der Handball- und Eishockeyvereine beachtet werden.

Neben den allgemeinen Aufgaben der Überwachung, Beantragung und Unterrichtung gem. § 80 Betriebsverfassungsgesetz steht dem Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht bei der Gestaltung des Arbeitsplatzes, des Arbeitsablaufs und der Arbeitsumgebung zu (§ 91 Betriebsverfassungsgesetz). Aber auch durch die umfassende Unterrichtung in Fragen der Personalplanung (§ 92 Betriebsverfassungsgesetz) und Mitbestimmung bei personellen Einzelmaßnahmen (§ 99 Betriebsverfassungsgesetz) bieten sich einem Betriebsrat zahlreiche Möglichkeiten der Einflußnahme. Insbesondere bei den Entlohnungsgrundsätzen, zu denen

auch die Aufstellung von Lohnmischformen zählt ¹⁹⁾, spielt die Mitbestimmung gemäß § 87 Abs. 1, Zif. 10 Betriebsverfassungsgesetz eine große Rolle. Nachdem nunmehr eine dogmatisch klare Zuordnung der Prämien zu § 87 Abs. 1, Zif. 11 Betriebsverfassungsgesetz erfolgt ist, eröffnet sich für den Betriebsrat auch bei der Festsetzung der Prämienansätze im Berufssport ein starkes Mitspracherecht. Allerdings hat das Bundesarbeitsgericht den Umfang des Mitbestimmungsrechts klar festgelegt ²⁰⁾.

Neben dem obligatorischen Mitbestimmungsrecht in den Angelegenheiten des § 87 Betriebsverfassungsgesetz bietet sich dem Betriebsrat auch die Chance, vor allem in Lohnfragen und bei zusätzlichen sozialen Leistungen auf den Abschluß freiwilliger Betriebsvereinbarungen hinzuwirken (§ 88 Betriebsverfassungsgesetz)

Wie aber können die Betriebsräte ihr Mitwirkungsrecht realisieren, wenn die in Verbänden zwangsweise organisierten Arbeitgebervereine formularmäßige Einheitsverträge den Berufssportler offerieren?

19) Erdmann/Jürging/Kammann, Betriebsverfassungsgesetz, § 87 Anmerkung 116

20) BAG in AP Nr. 3, 4 zu § 56 Betriebsverfassungsgesetz 1952 "Entlohnung"; danach unterliegen dem Mitbestimmungsrecht Prämienart, die Bezugsmerkmale, Anknüpfungspunkte, Prämienansätze, Verteilungsschlüssel und Verteilungskurven, nicht aber die Höhe der Prämien.
vgl. ebenso Dietz-Richardi, a.a.O., § 87 Anm. 304; Nikisch, Band III, a.a.O., S. 436; Richardi, RdA 1969, S. 238; Rumpf, AuR 1972, S. 70. a.A., Fitting-Auffahrt-Kaiser, § 87 Anm. 62 u. 64; Herschel, AuR 1967, S. 66; Farthmann RdA 1966, S. 250; Stadler, BB 1972, S. 804; Galperin a.a.O., § 87 Anm. 241; Das Mitbestimmungsrecht umfasse den formellen und materiellen Bereich und damit auch die Prämienhöhe.

So hat beispielsweise der Bundesligaausschuß des Deutschen Fußballbundes neue Einheitsverträge ausgearbeitet, die eine leistungsabhängige Staffe­lung der Jahresprämie fixieren ²¹⁾. Aufgrund der beherrschenden Stellung des DFB als Sportverband drängt sich hier eine Parallele zum Konzern auf. Dies würde bedeuten, daß in analoger Anwendung der §§ 54 ff Betriebsverfassungsgesetz nur in Zusammenarbeit mit einem "Konzernbetriebsrat" einheitliche Musterverträge ausgearbeitet werden könnten, insbesondere wenn darin Entlohnungsgrundsätze und die Festsetzung von Prämien­sätzen geregelt werden sollen. Die Bedingungen des Arbeitsverhältnisses dürfen nicht über die Köpfe der Betroffenen hinweg gestaltet werden; eine Beteiligung der Aktiven - und sei es nur in indirekter Weise - ist daher dringend geboten, um ihre Interessen angemessen zu berücksichtigen.

Eine weitergehende Mitsprache in wirtschaftlichen Angelegenheiten scheitert an der in der Praxis nicht erreichten Zahl von "mehr als 100 ständig beschäftigten Arbeitnehmern" (§ 106 Betriebsverfassungsgesetz), während eine Mitsprache bei Kündigungen (§ 102 ff Betriebsverfassungsgesetz) praktisch leerläuft, da regelmäßig Zeitverträge abgeschlossen werden und Aufhebungsverträge keine Kündigung darstellen.

Aus aktuellem Anlaß sei noch auf die §§ 111 ff Betriebsverfassungsgesetz und den möglichen Abschluß eines Sozialplans hingewiesen, wenn ein Verein der Bundesliga aus sportlichen Gründen ²²⁾ oder aus

21) vgl. Pressenotiz Südd. Zeitung vom 16.7.76

22) Abstieg aus der höheren Liga mangels sportlicher Qualifikation

finanziellen Erwägungen ²³⁾ in die Amateurliga absteigt. In der Praxis besitzt der abgestiegene Verein nicht die finanziellen Mittel zum Ausgleich der wirtschaftlichen Nachteile. Gegen eine Anwendung dieser betriebsverfassungsrechtlichen Vorschriften spricht auch, daß der Aktive vor jeder Saison bewußt das Risiko eines Ligaabstieges eingeht und sich für diesen Fall ebenso wie für den Fall einer altersbedingten Beendigung seiner Karriere durch anderweitige Möglichkeiten der Existenzsicherung schützen muß. Regelmäßig wird er aber in einem anderen Lizenzverein einen neuen Arbeitgeber finden. Bei einem Abstieg aus finanziellen Gründen taucht das Problem der Betriebsstörung auf, jedoch soll dieses erst etwas später erörtert werden.

23) freiwillige Lizenzrückgabe bzw. -entzug bei überproportionaler Verschuldung, für die Vereine Mainz 05, Wuppertal, Mühlheim vgl. Südd. Zeitung vom 15.6.76;

III. Tarifvertragsrecht

Zum gegenwärtigen Zeitpunkt kann die Deutsche Angestelltengewerkschaft lediglich als Vertreterin der in ihr organisierten Lizenzfußballspieler mit den einzelnen Sportvereinen sog. Firmentarifverträge schließen ²⁴⁾; für die Skifahrer, Handballer und Eishockeyspieler wird diese Möglichkeit so lange verschlossen bleiben als ihre Arbeitnehmereigenschaft nicht allgemein anerkannt wird. Angesichts der hohen Bezüge scheinen Tarifvereinbarungen zugunsten der Berufssportler abwegig. Allerdings führte in jüngster Zeit speziell im Lizenzfußball die Höhe der Vergütung während des Urlaubs immer wieder zu Streitigkeiten, da die erspielten Prämien während der letzten 13 Wochen (§ 11 BUrlG) den durchschnittlichen Arbeitsverdienst wesentlich beeinflussen. Folglich hatte der Spieler, der sich im Interesse der Vereins während der laufenden Saison eine langwierige Verletzung zuzog, nicht nur bei den monatlichen Siebprämien, sondern auch noch beim bezahlten Urlaub empfindliche Einbußen finanzieller Art hinzunehmen. Um hier einen gerechten Ausgleich zu schaffen, wurden vereinzelt Firmentarifverträge abgeschlossen. In anderen arbeitsrechtlichen Fragen haben tarifvertragliche Vereinbarungen bisher keine Bedeutung erlangen können, was sicherlich nicht zuletzt auf mangelnde Solidarisierung der Lizenzspieler zurückzuführen ist. An einer Durchsetzung tarifvertraglicher Ziele mit Kampfmitteln des kollektiven Arbeitsrechts ist nämlich keine der Parteien interessiert, da man die finanziellen und gesellschaftlichen Vorteile des Berufssportlers durchaus zu schätzen weiß und nicht aufs Spiel setzen möchte.

24) z.B. DAG - FC Bayern München, mit dem Inhalt daß während des Urlaubs zwei Grundgehälter gezahlt werden;

E) 4. Kapitel

Das konkrete Arbeitsverhältnis eines bezahlten Sportlers

I. Pflichten des Arbeitnehmers

1) Besonderheiten gegenüber dem "normalen" Arbeitsverhältnis

Für die Pflichten eines Hochleistungssportlers als Arbeitnehmer ergeben sich aus dem Wesen der sportlichen Tätigkeit heraus gewisse Besonderheiten.

Der typische Charakter des Sports liegt nicht in seiner Vorführung als Demonstration, sondern in einem Kräfteressen, einem Wettkampf oder wenigstens im Streben nach einer physischen Höchstleistung ohne Wettkampfcharakter. Die Arbeitspflicht eines Berufssportlers kann daher nie auf eine gleichbleibend zu erbringende Dauerleistung gerichtet sein.¹⁾ Vielmehr hat der Aktive in einem meist kurzen Zeitabschnitt ein komprimiertes Maß an sportlicher Höchstleistung zu erbringen, d.h. er hat im jeweiligen Wettkampf (und auch im Training) seine ganze Kraft und seine sportliche Leistungsfähigkeit uneingeschränkt einzusetzen. Auch ohne besondere Abrede hat er sich daher ständig zu bemühen, seine Leistungsfähigkeit und sein Können zu erhalten oder sogar noch zu verbessern. Im Gegensatz zum typischen Arbeitnehmer mit seiner täglichen Arbeitsleistung an einem bestimmten Arbeitsplatz hat der Berufssportler sein Können auf höchstem Niveau zu halten, um in bestimmten Zeitintervallen innerhalb eines Mannschaftsgefüges für den Arbeitgeber den größtmöglichen Nutzen in Form

1) Börner, a.a.O., S. 104;

des Sieges zu erzielen. Bei diesem Streben nach höchster Leistung verbindet sich dann der sportliche mit dem finanziellen Erfolg, da das regelmäßig angewandte Prämiensystem in Verbindung mit einem vereinbarten Grundgehalt dem persönlichen Einsatz und Leistungsstreben am ehesten Rechnung trägt. Zwar hat auch der Berufssportler nur eine Leistung zu erbringen und nicht für einen gewissen Erfolg einzustehen, gleichwohl hängt er aber weit mehr vom Erfolg seiner sportlichen Arbeit ab als andere Arbeitnehmer.

Verquickt sich der sportliche Erfolg mit dem Finanziellen, so glauben sich manche Vereinspräsidenten berechtigt, bei sportlichem Mißerfolg eine Schadensersatzforderung wegen mangelhafter Leistungen gegen die Aktiven geltend machen zu können ²⁾. Grundsätzlich garantiert der bezahlte Sportler keinen bestimmten Erfolg, sondern er verpflichtet sich lediglich, die ihm bestmögliche Leistung zu erbringen. Eine Schadensersatzpflicht aus positiver Vertragsverletzung verlangt daher besonders strenge Anforderungen, d.h. nur bei absichtlich schlechter Leistung, also bei fehlendem Willen zur Bestleistung rechtfertigt sich die Verhängung einer Geldstrafe ³⁾. Nachdem dieser Tatbestand aber in der Regel kaum mit Beweisen belegt werden kann, handelt es sich meist nur um erste ärgerliche Reaktionen von Vereinsseite. Im Bewußtsein mangelnder Durchsetzbarkeit vor den Arbeitsgerichten

2) vgl. Pressenotiz Südd. Zeitung vom 23.2.76

3) Da eine dem § 634 BGB entsprechende Norm im Arbeitsrecht fehlt, erwächst dem Arbeitnehmer auch bei schlechter Arbeitsleistung der volle Vergütungsanspruch. Der Arbeitgeber kann aber mit einem Schadenersatzanspruch aus positiver Vertrags- oder Forderungsverletzung aufrechnen. Rechtsprechung und Lehre sehen den Haftungsgrund für die Schadenersatzpflicht des Arbeitnehmers in einer rechtsanalogen Anwendung der §§ 325, 326 BGB (vgl. Hueck-Nipperdey, Band I, S. 228 m.w.N.). Beuthien, Lohnminderung, S. 74, will den Ersatzanspruch unmittelbar aus § 325 Abs. 1 herleiten.

will der Verein vielmehr durch die in Kommunikationsmedien publizierte Verhängung einer Geldstrafe das zahlende Publikum in seinem Anspruch auf adäquate Leistungen bestärken. Aber nicht immer bleibt es bei dieser "pro-forma-Strafe". Besteht der Verein auf der geforderten Schadenssumme, so zahlt diese vielfach ein Mäzen. Wird hingegen der Betrag vom Gehalt einbehalten, so erklärt sich die Passivität des Akteurs bei der Inanspruchnahme arbeitsgerichtlicher Hilfe oftmals daraus, daß der Verein bezüglich des zukünftigen Einsatzes dieses Sportlers und damit seines Verdienstes am "längeren Hebel" sitzt. Angesichts der außerordentlich guten Verdienstmöglichkeit ist der Aktive auch nicht daran interessiert, das Betriebsklima durch prozessuale Maßnahmen zu verschlechtern, zumal die physische Leistung stark von der subjektiven Ausgeglichenheit abhängt und die finanzielle Beschneidung in der Regel nicht unverhältnismäßig ist.

Wenn ein Spieler die Verletzung seines Gegners nicht rücksichtslos ausnützt, so verstößt er nicht gegen seine Arbeitspflicht, wenngleich er den Interessen seines Arbeitgebers damit zuwider handelt. Das sportliche Gebot des "Fair play" entwickelte sich aus dem Charakter des Wettkampfes und der damit verbundenen Berührung mit dem Gegner. Dieser moralische Grundsatz beschränkt das Streben nach sportlichem Erfolg, verlangt aber im kommerzialisierten Sport einen anderen Wertungsmaßstab. Mehr noch als beim allgemeinen Breitensport trachtet der Hochleistungs- oder Berufssportler danach, die Schwäche des Gegners für den eigenen Sieg auszunutzen. Gerade hierin liegt doch ein wesentliches Moment des Wettkampfes. Nützt der Sportler diese Möglichkeit zugunsten seines Arbeitgebers nicht aus, so kann man ihm keinen Vorwurf machen. Im weiteren Verlauf des Arbeitsverhältnisses wird der Arbeitgeber jedoch bei künftigen Einsätzen diese Einstellung als Negativum werten. Die Grenze der Einsatzpflicht wird also in

der Praxis weniger vom Gebot des "Fair play" gesetzt, als vielmehr vom "Berufsethos" der bezahlten Sportler, die Gesundheit des Gegners zu achten.

2) Art und Umfang der Arbeit

Nach der im deutschen Arbeitsrecht überlieferten Unterscheidung in Arbeiter und Angestellte stellte man darauf ab, ob überwiegend geistige oder körperliche Arbeit geleistet wird ⁴⁾. Aus dieser Sicht müßte der abhängige Elitesportler aufgrund seiner physischen Leistungen in Training und Wettkampf als Arbeiter qualifiziert werden. Wegen der Relativität des Unterscheidungsmerkmals wurde aber in letzter Zeit gegen die herrschende Ansicht Stellung genommen, mit dem Hinweis, daß jede Tätigkeit nur mit Hilfe von geistiger Arbeit vollbracht werden könnte ⁵⁾. Vereinzelt ⁶⁾ legte man entscheidendes Gewicht auf die Frage, ob die Tätigkeit ein größeres Maß an geistiger Regsamkeit erfordert. Diese letzte Auffassung stößt auf Bedenken, da von vielen Facharbeitern weit höhere geistige Fähigkeiten, größere geistige Beweglichkeit und mehr Fachkenntnisse gefordert werden, als von Büroangestellten mit einfachem Tätigkeitsbereich. Das Bundesarbeitsgericht ⁷⁾ hat in dieser Abgrenzungsfrage nur allgemeine

4) Hueck-Nipperdey, a.a.O., S. 72; BAG AP Nr. 1, 2, 3, 4, 12 zu § 59 HGB; Dietz, Betriebsverfassungsgesetz § 5, Anm. 5; Schnorr v. Carolsfeld, Arbeitsrecht, S. 101;

5) Nikisch, Band I, S. 130; Trinkaus, Arbeitsrecht-Blattei, "Angestellter" I C VI

6) Galperin-Siebert, Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz § 5, Anm. 1; LAG Frankfurt, AP 1952, Nr. 17

7) BAG AP Nr. 5 zu § 59 HGB

Kriterien geschaffen, indem es zunächst die Verkehrsauffassung für maßgebend erachtete, in zweiter Linie die kaufmännische, büromäßige, überwiegend leitende, beaufsichtigende Tätigkeit als Charakteristikum der Angestellten betont und erst in dritter Linie auf das Überwiegen der geistigen Leistung abstellt.

Basierend auf diesen Überlegungen kann die Einteilung der Arbeitnehmer in Arbeiter und Angestellte nur unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung und der prägenden Wirkung der Arbeitsleistung erfolgen ⁸⁾. In der Praxis sind daher folgende Gesichtspunkte herauszukristallisieren: Derjenige, der unmittelbar in den Produktionsprozeß eingegliedert ist oder mit Wartungs- und Unterhaltungsarbeiten betraut wird, zählt zum Kreis der Arbeiter, während Planung, Verwaltung und kaufmännischer Sektor ebenso den Angestellten vorbehalten bleibt, wie der Dienstleistungsbereich. Nach der soziologischen Entwicklung besaß der Angestellte ursprünglich Teilfunktionen unternehmerischen Wirkens und Verantwortung; außerdem stand er in einem besonders engen Vertrauensverhältnis zum Arbeitgeber ⁹⁾. Gerade das Moment des Vertrauens ist beim abhängigen Sport stark ausgeprägt, da der Erfolg und damit die finanzielle Existenz aller Beteiligten nur durch ein gedeihliches Zusammenwirken von Aktiven, Trainern und Funktionären errungen werden kann. Der Spitzenathlet besitzt zwar keine leitende Funktion im üblichen Sinne; er trägt durch seine Leistungen aber entscheidend zum wirtschaftlichen Bestand des "Unternehmens Sportbetrieb" bei

8) Galperin-Löwisch, Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz § 8, Anm. 4

9) Schaub, a.a.O., S. 42

und kann nicht ohne weiteres ersetzt werden. Betrachtet man noch die Höhe der Vergütung und die hohe individuelle Gestaltungsfreiheit innerhalb des einzuhaltenden taktischen Konzepts, so kann man den abhängigen Sportler bei generalisierender Betrachtungsweise ¹⁰⁾ in die Reihe der Angestellten einordnen, ohne eine der in § 3 Angestelltenversicherungsgesetz (AVG) genannten Personengruppen ¹¹⁾ durch extensive Auslegung erweitern zu müssen.

Zum Umfang der zu leistenden sportlichen Arbeit zählt nicht nur der konkrete Einsatz in einem Wettkampf. Der Erfolg im Hochleistungssport setzt ein Höchstmaß an körperlicher Leistungsfähigkeit voraus, gepaart mit sportlichem Können. Damit diese Grundlage geschaffen wird, besteht für den Aktiven gegenüber seinem Arbeitgeber regelmäßig auch ohne besondere Abrede eine Pflicht zum Training. Mit diesen sich meist täglich wiederholenden Übungen soll der Athlet geschult und auf seinen Einsatz vorbereitet werden. Hieraus wird der enge Zusammenhang zwischen Training und Wettkampf deutlich. Gerade bei Mannschaftssportarten müssen einige Reservespieler "die Bank drücken", d.h. nachdem der Trainer die Leistungskraft eines eingesetzten Akteurs höher bewertet oder aus taktischen Gründen ein anderer Spieler den Vorzug erhält, erschöpft sich für den Reservespieler die Arbeit in seiner Bereitschaft zum sportlichen Einsatz. Vielfach wird sogar ein Aktiver, den der Verein in Erwartung herausragender zukünftiger Leistungen verpflichtet hat, eine ganze Saison lang nur in Freundschafts- oder Testspielen eingesetzt, weil sein Können den geforderten Ansprüchen der Meisterschafts-

10) Nachdem die Aufzählung im Angestelltenversicherungsgesetz nicht erschöpfend ist, darf auf die Verkehrsauffassung abgestellt werden.

11) insbes. Zif. 5

spiele nicht genügt. In all diesen Fällen darf sich der Sportler aber nicht mit seiner Bereitschaft zur Arbeit begnügen, sondern er ist gehalten, alles zu versuchen, sein Leistungsniveau zu steigern, seine Fähigkeiten maximal auszuschöpfen, um seinem Arbeitgeber als "produktiver" Arbeitnehmer zur Verfügung zu stehen.

Grundsätzlich kann der Arbeitgeber nur solche Arbeiten verlangen, die der vertraglich vereinbarten Stellung des Arbeitnehmers entsprechen. Insoweit stoßen öffentliche Trainingsveranstaltungen, Privatspiele gegen drittklassige Gegner, Testrennfahrten und dergl. auf keinerlei Bedenken, da diese Arten der Vorbereitung auf das Endziel des sportlichen Erfolges im Ernstfall ausgerichtet sind. Das Einstudieren von Spielzügen, die Erprobung junger Talente und das Streben nach Materialvorteilen läßt sich nur in derartigen Veranstaltungen verwirklichen, wobei es dem sportlichen Arbeitnehmer gleichgültig sein kann, ob und wieviele Zuschauer seine Trainingsbemühungen begutachten. Vielfach wird vom Berufssportler auch ohne besondere Vereinbarung eine artfremde, nicht-sportliche Arbeit erwartet und sogar verlangt, in der Annahme, der Sportler sei grundsätzlich verpflichtet, im Interesse des Vereins bei jedmöglicher Gelegenheit aufzutreten. So zählt oft die Teilnahme an Einweihungen, Vereinsfeiern, Jubiläen, Pressekonferenzen und ähnlichen Veranstaltungen ebenso zum Arbeitsbereich des Sportlers, wie Training und Wettkampf. Im Motor- und Radsport basiert die Verbindung zur Industrie ja gerade auf der verkaufsfördernden Verwertung des sportlichen Erfolges mit Hilfe des Akteurs; gleiches gilt auch im Skisport. Im übrigen Berufssport ¹²⁾ bedarf es der Öffentlichkeitsarbeit mit

12) also Fußball, Handball, Eishockey

Hilfe des Spielers, um den Verein nach innen und außen in dem Licht erscheinen zu lassen, welches das breite Sportpublikum als passiver Sportkonsument mit weiteren Besuchen der Veranstaltungen honoriert. Fehlt dieser Forderung nach nicht-sportlicher Arbeit eine besondere Abrede, so sei hier darauf hingewiesen, daß der bezahlte Hochleistungssportler nur im Rahmen seiner Treuepflicht und nur in Ausnahmefällen Arbeiten übernehmen muß, die nicht in seinen normalen Tätigkeitsbereich fallen ¹³⁾. Allerdings kann diese erweiterte Mitwirkungspflicht vom Berufssportler eher erwartet werden, als vom typischen Arbeitnehmer, denn weit mehr als dieser steht der Spitzensportler im Rampenlicht der Öffentlichkeit, auf die er zusammen mit dem Verein aus finanzieller Sicht angewiesen ist. Außerdem verdankt der Elitesportler seine soziale Position zu einem nicht unerheblichen Teil dem Verein oder Verband, so daß ihm seine erweiterte Treuepflicht gebietet, im Interesse seines Arbeitgebers für derartige Veranstaltungen zur Verfügung zu stehen. Arbeitgeber und Arbeitnehmer befinden sich im Sport in einem viel engeren personenbezogenen Gegenseitigkeitsverhältnis als dies dem üblichen Dienst- oder Arbeitsvertrag entspricht.

3) Die Arbeitszeit

Während im Rad- und Skisport die Werbung für bestimmte Produkte im Vordergrund steht und die Zuwendungen der Industrie die nötige Finanzbasis schaffen, ist der übrige bezahlte Sport finanziell auf das Erscheinen des Publikums angewiesen. Eine Sportveranstaltung kann von der breiten Masse aber nur in der üblicherweise arbeitsfreien Zeit besucht werden mit der Folge, daß die Wettkämpfe regelmäßig an Samstagen

13) Kaskel-Dersch, a.a.O., S. 136 legt den Arbeitsvertrag nach § 242 BGB aus; Hueck-Nipperdey, a.a.O., S. 200; Nikisch, a.a.O., S. 285;

Sonntagen, Feiertagen oder in den Abendstunden ausgetragen werden. Damit aber stellt sich zunächst die Frage, ob und inwieweit die Vorschriften des Feiertagschutzes im Berufssport Anwendung finden können, da sich sowohl die zeitliche Lage, als auch die Dauer der Arbeitstätigkeit eines Berufssportlers von der eines normalen Arbeitnehmers grundlegend unterscheidet.

§ 105 a und b Gewerbeordnung verbietet grundsätzlich Arbeiten eines Gewerbebetriebes an Sonn- und Feiertagen, jedoch sehen die §§ 105 c bis i gewisse Ausnahmeregelungen vor. Nachdem sich der Berufssport aus dem Amateursport heraus entwickelt hat, dieser aber seit jeher nur in der arbeitsfreien Zeit betrieben werden konnte, empfindet man bei der Anwendung der §§ 105 ff ¹⁴⁾ Gewerbeordnung ein gewisses Unbehagen, da sich der bezahlte Sport und der reine Amateursport im äußeren Erscheinungsbild entsprechen. Durch eine direkte ¹⁵⁾ oder analoge ¹⁶⁾ Anwendung der Ausnahmenvorschrift des § 105 i Gewerbeordnung wird deshalb die Anwendung der Feiertagsschutzvorschriften aus der Gewerbeordnung zu umgehen versucht. Beide Konstruktionen lassen sich mit dem Gesetzeswortlaut kaum vereinbaren; Die Anwendung der gewerberechtlichen Vorschriften und damit der §§ 105 ff entscheidet sich vielmehr schon an der Eingangsfrage, nämlich ob der Verein als Arbeitgeber eines Sportlers überhaupt einen Gewerbebetrieb im Sinne der Gewerbeordnung unterhält? Insbesondere die Fußballvereine mit Lizenzspielerabteilungen

14) Der Begriff der gewerblichen Arbeiter i.S.d. Titels VII umfaßt alle in Gewerbebetrieben beschäftigten Arbeitnehmer, also die eigentlichen Arbeiter und die gewerblichen Angestellten; vgl. Landmann-Rohmer, Gewerbeordnung BdI, 1976 § 105 Anm. 5

15) Deneke, Kommentar zur Arbeitszeitordnung, 7.A. 1970 § 105 i Gewerbeordnung, Rdn. 3 iVm § 17 AZO, Rdn. 3, Ziff. 4

16) Börner, a.a.O., S. 108

verweisen im allgemeinen darauf, daß sie als Gesamtverein einen Idealzweck im Sinne von § 21 BGB verfolgen. Nachdem aber ein Idealverein daneben auch einen Gewerbebetrieb unterhalten kann ¹⁷⁾, muß die Lizenzspielerabteilung für sich allein betrachtet werden.

Auf dem Gebiet des Steuerrechts wurde der Begriff des gewerbsmäßigen Betriebes von je her weit ausgelegt und besonders die Gewinnerzielungsabsicht so wie die Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr herausgestellt ¹⁸⁾. Diese Ausdehnung des Begriffs rechtfertigt sich aus der im Steuerrecht herrschenden wirtschaftlichen Betrachtungsweise. Der steuerrechtliche Begriff des Gewerbes deckt sich aber nicht mit dem der Gewerbeordnung ¹⁹⁾. Dort findet sich keine Definition des Begriffs "Gewerbe", so daß der Gehalt der gewerberechtlichen Vorschriften und die bisherige Praxis zu berücksichtigen sind, wenn es gilt, die Gewerbeordnung auf eine bestimmte Erwerbsart anzuwenden. Wenn die Fußballvereine der Bundesliga ihre Funktion als Idealverein damit begründen, daß die aus der Lizenzspielabteilung erzielten Überschüsse den übrigen Abteilungen zur Verfügung gestellt werden, so übersehen sie, daß nur die unmittelbare Förderung des Jugend- und Amateursports als Idealzweck anerkannt wird ²⁰⁾.

17) z.B. eine öffentliche Gaststätte

18) § 7 Abs. II VO zur Durchführung der §§ 17 - 19 des StAnpG v. 16.12.41, RStBl 1941, S. 937; BFH v. 23.6.64 BStBl 1964, Teil III, S. 500; BVerwG Band 3, S. 178; 14, S. 125;

19) Rohlfing-Kiskalt-Wolff, Kommentar zur Gewerbeordnung, S. 2; Landmann-Rohmer, Kommentar zur Gewerbeordnung Stand 1976, § 1 Anm 4

20) Landmann-Rohmer-Eyermann-Fröhler, Kommentar zur Gewerbeordnung, Band 1, Stand 1970, Einleitung Rdn. 115;

Der Bundesfinanzhof ²¹⁾ und der Bundesgerichtshof ²²⁾ bejahten für Radrennbahnen und Berufsboxveranstalter einen Gewerbebetrieb. Und wenn der hessische Verwaltungsgerichtshof ²³⁾ Gewerbsmäßigkeit schon annimmt, sofern e i n das Fußballspiel betreibender Spieler mitwirkt, so muß auch hier besonders betont werden, daß eine steuerrechtliche Frage ²⁴⁾ Gegenstand der Entscheidung war.

Die Gewerbeordnung findet Anwendung auf jede erlaubte, selbständige, planmäßig und dauernd auf Gewinnerzielungsabsicht gerichtete Tätigkeit, mit Ausnahme der Urproduktion, Kunst und Wissenschaft ²⁵⁾. Objektiv gesehen müßte die Lizenzspielerabteilung eines Fußballvereins der Gewerbeordnung unterliegen, da die Absicht der Gewinnerzielung z. B. in Mehrung des Vereinsvermögens regelmäßig besteht. Wenn dennoch ein Gewerbebetrieb im Sinne der Gewerbeordnung nicht vorliegt, so beruht dies auf der Intention und Zielsetzung dieses Gesetzes

Die ursprünglich "schrackenlose" Gewerbefreiheit wurde durch zahlreiche Novellen zum Schutz des Handwerks und der Arbeiterschaft eingeschränkt.

21) Urteil vom 28.6.55 BStBl, 1955 Teil III, S. 237
und Urteil vom 17.2.55 BStBl, 1955 Teil III, S. 100;

22) Urteil vom 24.4.58, MDR, 1958, S. 657;

23) Urteil vom 14.12.51, VerwRspr 1953, Nr. 105;

24) im konkreten Falle ging es um die Erhebung von Vergnügungssteuer;

25) Rohlfing-Kiskalt-Wolff, a.a.O., S. 1;

Dem Schutzgedanken wurde gerade im Hinblick auf die Feiertagsvorschriften der §§ 105 a ff Gewerbeordnung deshalb starke Beachtung geschenkt, weil bei einer wöchentlichen Arbeitszeit von 48 Stunden, die meist noch vom Lärm und Staub der Maschinen begleitet waren, eine gewisse Mindestzeit der körperlichen Regeneration dienen sollte. Der anerkannte und der "heimliche" Berufssport sind aber aus einer allgemeinen Sportbewegung entstanden, deren Ziel es ist, zur allgemeinen körperlichen Ertüchtigung der Bevölkerung beizutragen. Die sportliche Anstrengung sollte gerade gesundheitsfördernd wirken. Bedenkt man zusätzlich, daß der zeitliche Aufwand für Training und Wettkampf nicht den normalen Arbeitszeitaufwand erreicht, so läßt sich eine Ungleichbehandlung für den kommerzialisierten Sportbetrieb begründen. Zur Ausfüllung der "verdeckten Lücke" rechtfertigt sich eine teleologische Reduktion der Gewerbeordnung aus dem Gebot, Ungleiches ungleich zu behandeln. Die erforderliche Differenzierung ist daher durch "die Natur der Sache" oder "durch ein für eine bestimmte Fallgruppe vorrangiges, dem Gesetz immanentes Prinzip geboten".²⁶⁾ Der Schutzgedanke darf nämlich dort keine Rolle spielen, wo eine Schutzwürdigkeit nicht besteht. Weshalb aber sollte der bezahlte Sportler die Schutzbestimmungen des Gewerberechts für sich beanspruchen können, wenn dies der echte Amateur nicht kann, zumal sich beide nach den grundsätzlich gleichen Wettkampfbestimmungen zu richten haben? Mag der Verein oder die Vereinsabteilung mit bezahlten Sportlern steuerrechtlich ein Gewerbebetrieb sein, so wird damit der gewerberechtliche Begriff noch nicht erfüllt. Folglich kann die Gewerbeordnung und insbesondere die §§ 105 ff

26) vgl. Larenz, Methodenlehre 1975, S. 378

diesbezüglich gar nicht zur Anwendung kommen ²⁷⁾.

Ähnliche Schwierigkeiten ergeben sich, will man die Arbeitszeitordnung im Berufssport anwenden. Die Arbeitsdauer läßt sich nur schlecht an den für andere Arbeitnehmer geltenden Maßstäben messen. So kann es in der Natur eines Wettkampfes liegen, dem Akteur schon nach wenigen Minuten eine angemessene Ruhepause einräumen zu müssen, da er sich in dieser kurzen Zeit körperlich bereits so erschöpft hat. Auf der anderen Seite verliert eine auf längere Dauerleistung ausgerichtete Veranstaltung ihren sportlichen Wert, würde sie durch Mittags- oder Ruhepausen unterbrochen ²⁸⁾. Obwohl die Arbeitszeitordnung vom Wortlaut des § 1 her auf abhängige Profisportler Anwendung finden müßte, zeigt dieses Gesetz vom Inhalt her, daß es auf den typischen Arbeitsbetrieb zugeschnitten ist und dem Sport in seiner Ausgestaltung als Arbeitsleistung nicht Rechnung tragen kann und auch gar nicht will. Der physisch und zeitlich ganz anders gearteten Beanspruchung werden bereits die sportlichen Wettkampfbestimmungen in Bezug auf Ruhepausen und zeitliche Begrenzung gerecht, so daß diese gewohnheitsrechtlich als *leges speciales* den Regelungen der Arbeitszeitordnung vorgehen. Außerhalb des sportlichen Wettkampfes, also beim Training und beim Reservespieler käme die AZO zwar theoretisch zum Tragen, jedoch werden die Vorschriften dieses Schutzgesetzes durch die physische Leistungsgrenze ihrer praktischen Bedeutung beraubt.

27) anlässlich einer persönlichen Anfrage wird diese Ansicht auch vom Bayerischen Staatsministerium für Arbeit und Sozialordnung vertreten;

28) z. B. Radrennen oder Marathonlauf;

4) Die Treuepflicht

Aus dem Verständnis des Arbeitsverhältnisses als personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis folgt, daß wechselseitig umfangreiche Informations-, Obhuts-, Einsatzpflichten und dergleichen bestehen ²⁹⁾. Diese Pflichten werden unter dem Oberbegriff der Treuepflicht zusammengefaßt, die für den Arbeitnehmer allgemein darin besteht, "daß er sich nach besten Kräften für die Interessen des Arbeitgebers und das Gedeihen des Betriebes einzusetzen und alles zu unterlassen hat, was dem Arbeitgeber oder dem Betrieb abträglich sein könnte" ³⁰⁾. Die Treuepflicht umfaßt sowohl Handlungs- als auch Unterlassungspflichten.

Besteht neben dem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber auch ein Mitgliedschaftsverhältnis ³¹⁾, so sind beide Rechtsbeziehungen hinsichtlich der Treuepflicht selbständig zu betrachten. Nur dort, wo sich Mitgliedschaftspflichten inhaltlich mit arbeitsrechtlichen Pflichten decken ³²⁾, erscheint es gerechtfertigt, das Arbeitsverhältnis als die speziellere Rechtsbeziehung in den Vordergrund zu rücken und bei Streitigkeiten der Arbeitsgerichtsbarkeit gegenüber der allgemeinen Zivilgerichtsbarkeit den Vorzug einzuräumen; denn schließlich arbeitet der Mensch, um seine Existenz zu sichern, was den Gesetzgeber veranlaßt hat, diesen essentiellen Lebensbereich durch spezielle Schutzgesetze und fachkundige Gerichte zu schützen.

Als Verhaltenspflicht gestaltet die Treuepflicht das Arbeitsverhältnis in seinem konkreten Inhalt. So kann der Arbeitnehmer in besonderen Situationen gehalten sein, Mehrarbeit, andere als die vertraglich vereinbarte oder Arbeit an einem anderen als dem vertraglich

29) Schaub, Handbuch des Arbeitsrechts, S. 188;

30) Schaub, a.a.O.

31) so z.B. im Handball, Skisport, Eishockey;

32) z.B. das Ansehen des Vereins nicht zu schädigen, den Vereinsbetrieb nicht zu stören, im Wettkampf sein Bestes zu geben;

vereinbarten Ort zu leisten. Auch bestehen zahlreiche Nebenpflichten in Form von Mitteilungs-, Unterrichts- und Anzeigepflichten oder die Bereitschaft, im Interesse des Betriebes vorübergehend Kürzungen der Bezüge hinzunehmen. Der Umfang und die Grenze der Treuepflicht können nicht abstrakt definiert werden, sondern bestimmen sich nach den jeweiligen Umständen des einzelnen Arbeitsvertrages unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung ³³⁾.

Für den Sportler als abhängigen Arbeitnehmer verstärkt sich die Treuepflicht durch die Eigenart seiner Tätigkeit, nämlich seiner Pflicht zur sportlichen Höchstleistung. Das Verhältnis der beiden Parteien wird einerseits durch die enge menschliche wie finanzielle Verbindung geprägt, andererseits durch die fortwährende Pflicht zur körperlichen Spitzenleistung. Nachdem das physische Leistungsvermögen im bezahlten Sport eine solche Dominanz zeigt, ist der abhängige Sportler aus seiner Treuepflicht heraus gehalten, einen soliden Lebenswandel zu führen und den vom Arbeitgeber angeordneten Maßnahmen der medizinischen Vorbereitung ³⁴⁾ auch ohne besondere Absprache Folge zu leisten. Auch darf Nebentätigkeiten insoweit nicht nachgegangen werden, als die Leistungsfähigkeit dadurch beeinträchtigt würde.

Häufig repräsentieren angestellte Sportler ihre Arbeitgeber. Dies gilt vor allem dort, wo der Arbeitgeber unter eigenem Namen am Sportgeschehen teilnimmt und durch seine Arbeitnehmer vertreten wird. Diese Repräsentantenstellung verpflichtet den Aktiven zu besonderer Rücksicht auf Namen und Ansehen seines Arbeit-

33) Schaub, a.a.O.

34) hierzu zählen insbesondere ärztliche Vorsorgeuntersuchungen, Impfungen, Massagen, Sauna;

gebers. Insbesondere die Meinungsfreiheit aus Artikel 5 Abs. 1 GG erfährt hier eine Einschränkung. Zu den allgemeinen Gesetzen im Sinne des Art. 5 Abs. 2 GG gehören nach der Rechtssprechung des BAG ³⁵⁾ auch die anerkannten Grundsätze des Arbeitsrechts. Wegen der Struktur des Arbeitsvertrages als personenrechtlicher, gegenseitiger Austauschvertrag schränkt die Treuepflicht das Recht auf freie Meinungsäußerung aus Art. 5 Abs. 1 GG insoweit ein, als das Zusammenleben der Arbeitnehmer im Betrieb nicht gefährdet werden darf und der Arbeitnehmer den Zwecken und Interessen des Betriebes nicht zuwiderhandeln darf. ³⁶⁾ Da Spitzensportler aufgrund ihrer sozialen Stellung das Ansehen ihres Arbeitgebers durch oftmals unbedachte Äußerungen gefährden können, würde die arbeitsrechtliche Beziehung der Parteien unmittelbar berührt und die Grenze loyalen Verhaltens überschritten. Darüberhinaus hat der Sportler "Betriebsgeheimnisse" ³⁷⁾ zu wahren und verstieße mit der Annahme von Schmiergeldern in einem Maße gegen seine Treuepflicht, daß damit regelmäßig eine fristlose Beendigung des Arbeitsverhältnisses gerechtfertigt ist.

Die gesteigerte Treuepflicht des abhängigen Sportlers resultiert nicht zuletzt aus der überdurchschnittlichen Dotierung seiner Arbeitsleistung. Wer nämlich eine Bezahlung beansprucht, die dem Vielfachen des durchschnittlichen Arbeitnehmereinkommens entspricht, der muß auch in Kauf nehmen, daß an seine Loyalität und Einsatzbereitschaft erhöhte Anforderungen gestellt werden.

35) BAG in AP Nr. 1 zu Art. 5 Abs. 1 GG "Meinungsfreiheit"; AP Nr. 2,4 zu § 13 KSchG;

36) BAG NJW 1973, S. 77, 78;

37) z.B. Mannschaftsaufstellungen, taktische Absprachen etc.;

Ganz allgemein ist festzustellen, daß ein Berufssportler oft Einschränkungen und Unannehmlichkeiten im privaten und betrieblichen Bereich hinnehmen muß, die einem typischen Arbeitnehmer nicht auferlegt werden. Er hat nicht nur alles zu unterlassen, was seinem Arbeitgeber schaden könnte, sondern ist darüberhinaus verpflichtet, sich positiv für ihn einzusetzen. Die verstärkte Treuepflicht erlaubt vielfach auch die Betrauung mit artfremden Arbeiten im Interesse des Arbeitgebers ³⁸⁾, jedoch sind im Rahmen der Zumutbarkeit die Grenzen dort gesetzt, wo die Verletzung von Persönlichkeitsrechten oder finanzielle Nachteile für den Sportler entstehen können. In der Praxis allerdings wird heute vielfach der Kreis der ungeschriebenen Pflichten weiter gespannt, als dies im Rahmen der Treuepflicht eines bezahlten Sportlers zu dulden ist.

5) Das Direktionsrecht des Arbeitgebers

Der Gehorsamspflicht als dem Charakteristikum des Arbeitsverhältnisses entspricht auf seiten des Arbeitgebers das Weisungs- oder Direktionsrecht, durch das die Einzelheiten der in Abhängigkeit zu erbringenden Arbeitsleistung gestaltet werden. Das Direktionsrecht schafft für den Arbeitgeber die Möglichkeit, die Arbeitspflicht zu konkretisieren, indem Art, Ort und Zeit der Arbeitsleistung näher bestimmt werden ³⁹⁾. Wegen der Besonderheit der sportlichen Arbeit entspringt aus der erhöhten Treuepflicht des Arbeitnehmers eine gesteigerte Weisungsbefugnis zugunsten des Arbeitgebers.

38) z. B. Teilnahme an Pressekonferenzen, Jubiläen, Eröffnungen und dergl.;

39) Hueck-Nipperdey, a.a.O., S. 158; Schaub, a.a.O., S. 90;

Was die Art der Arbeit anbelangt, so realisiert sich das Weisungsrecht zum einen in der Gestaltung des täglichen Trainings bzw. den erteilten Übungsanleitungen; auch Sonder- und Spezialtraining für einzelne Akteure zählen hierzu. Im Wettkampf verdient besondere Berücksichtigung, daß der sportliche Erfolg vielfach eine außergewöhnliche Unterordnung des einzelnen unter die taktischen Anweisungen des Trainers oder Rennleiters erfordert ⁴⁰⁾. Andererseits erfährt der Sport seinen Reiz und sein Gepräge gerade aus der Individualität der Einzelleistung und der Anpassung an veränderte Situationen durch Improvisation. Die taktische Disziplinierung kann daher nur den äußeren Rahmen bilden innerhalb dessen die individuelle Leistung für das Wesen des Sports erhalten bleiben muß. Vor allem in Mannschaftssportarten sind jedoch der Individualität enge Grenzen gesetzt, da der gemeinsam angestrebte Erfolg nur bei einer optimalen Ausnutzung der einzelnen Leistung erzielt werden kann, was wiederum eine mannschaftsdienliche Unterordnung erfordert. Hingegen ist dem einzelnen ein größerer Freiheitsraum einzuräumen, soweit von ihm artfremde Arbeiten verlangt werden.

Die Bestimmung von Ort und Zeit der Arbeitstätigkeit spielen im abhängigen Sportbetrieb eine weit größere Rolle als im arbeitstypischen Bereich. Zur Wahrung der Chancengleichheit liegt es gerade in der Natur der Sache, im Rahmen einer Wettkampfserie auch in auswärtigen Sportstätten anzutreten; aber auch auswärtiges Zuschauerinteresse und damit verbundene finanzielle Gesichtspunkte erfordern vielfach eine Reise zu fremden

40) z. B. mehr über den linken Flügel anzugreifen, den Gegenspieler enger zu bewachen; im Motorsport wird nicht selten die Anweisung erteilt, den führenden Teamgefährten nicht mehr zu attackieren, also die eigene Siegchance nicht mehr wahrzunehmen.

Wettkampfstätten. Der Sport "lebt" nämlich vom Reiz des Neuen, der entweder aus dem Wechsel der Gegner oder der Einmaligkeit der Veranstaltung resultiert. Im allgemeinen besteht daher ohne besondere Abrede die Verpflichtung auch zu auswärtigen Gastspielen, wobei angesichts der modernen Verkehrsmittel selbst weiteste Entfernungen in Kauf genommen werden müssen.

Aus der kurzen, aber intensiven Beanspruchung müssen für die Zeit der Arbeitsleistung ebenfalls andere Maßstäbe gelten. Während die Wettkampfzeiten durch Spielregeln fixiert werden, können für die zeitliche Beanspruchung in der Vorbereitung nur an der physischen Leistungsgrenze orientierte Richtwerte bestehen. Vielfach verlangen Witterungsverhältnisse, anderweitige Belegung der Sportstätten oder die Einstudierung taktischer Maßnahmen eine gewisse Flexibilität hinsichtlich des Zeitpunktes der sportlichen Arbeitsleistung. Auch eine Verlegung des Wettkampfes in die Abendstunden ist verkehrsmäßig und liegt im Rahmen der gesteigerten Treuepflicht.

Regelmäßig bindet sich der Berufssportler für eine bestimmte Zeit an einen individuellen Betrieb, so daß die Versetzung in einen anderen Betrieb den Rahmen des Direktionsrechts ebenso überschreitet wie bei einem normalen Arbeitsverhältnis. Durch die Einordnung in einen gewissen Arbeits- und Lebensbereich bedeutet jeder Wechsel des Betriebes eine Änderung des Arbeitsverhältnisses, die durch den Arbeitgeber nicht einseitig vorgenommen werden kann. Die "Ausleihe" an einen anderen Verein kann deshalb nur mit Einverständnis des Betroffenen erfolgen und nicht einseitig auf das Direktionsrecht gestützt werden; es handelt sich vielmehr um ein Problem der vorzeitigen Vertragsaufhebung.

Das Weisungsrecht des Arbeitgebers muß regelmäßig dort seine Grenzen finden, wo es auf das außerdienstliche Verhalten des Arbeitnehmers stößt. In diesem Bereich kann nur ausnahmsweise in ideologisch gebundenen Betrieben dem Arbeitgeber ein Weisungsrecht über das private Verhalten des Arbeitnehmers eingeräumt werden ⁴¹⁾. Bei Berufssportlern stellt sich aufgrund der Prägung der körperlichen Leistung die weitergehende Frage, ob das Verhalten außerhalb des Betriebes zur Wahrung besonderer Betriebsinteressen geregelt werden kann ⁴²⁾. So kann im Zuge einer optimalen Wettkampfvorbereitung eine besondere Ernährung, Ausgangssperre, Trink- und Rauchverbot oder die kurze Trennung von der Familie durch den Besuch eines Trainingslagers geboten sein ⁴³⁾. Tatsächlich handelt es sich aber nur im letzten Fall um die Gestaltung des Arbeitsverhältnisses durch Ausübung des Direktionsrechts, während im übrigen nur ein rechtlich nicht bindender Hinweis auf die bestehende erweiterte Treuepflicht vorliegt. Die Pflichten des Arbeitnehmers bestimmen sich nach dem objektiv festzustellenden Umfang der Treuepflicht und können nicht durch den Arbeitgeber einseitig erweitert werden ⁴⁴⁾. Kann im privaten Bereich ein leistungsförderndes oder zumindest leistungserhaltendes Verhalten vom angestellten Sportler erwartet werden, so scheint ein Hinweis auf die gesteigerte Treuepflicht auch dort angebracht, wo der Arbeitgeber ein bestimmtes Verkehrsmittel für auswärtige Wettkämpfe zur Verfügung stellt. Nur durch gemeinsame An- und Abreise läßt sich ein geregelter Sportbetrieb

41) Hueck-Nipperdey, a.a.O., S. 159 Anm. 43

42) so für den normalen Arbeitnehmer Nikisch, a.a.O., S. 258;

43) vgl. Börner, a.a.O., S. 113;

44) Hueck-Nipperdey, a.a.O., S. 159/160 Anm. 43;

verwirklichen. Beansprucht aber ein Aktiver eine längere Anreisezeit durch Benützung eines anderen Verkehrsmittels, weil er aus Angst "prinzipiell kein Flugzeug besteigt", so ginge damit wichtige Vorbereitungszeit verloren, die gerade in Mannschaftssportarten äußerst wertvoll ist. Vom elitären Hochleistungssportler, der für seine Tätigkeit finanziellen Lohn erwartet, kann aufgrund seiner gesteigerten Treuepflicht die dargebotene Reisemöglichkeit nicht ausgeschlagen werden, soweit seine Gesundheit dadurch nicht gefährdet wird. Die Inkaufnahme von Unannehmlichkeiten (Angst, Übelkeit) kann vom wohldotierten Profi in gewissem Maß durchaus erwartet werden, zumal er bewußt sein sportliches Können in nationalen und internationalen Wettkämpfen einsetzen will. Vielfach wird in diesem Punkt eine Vertragsvereinbarung getroffen, um nicht eines Tages vor einem sportlichen Großereignis eine unliebsame Überraschung zu erleben.

6) Rechtsschutzmöglichkeiten für den Arbeitgeber zur Durchsetzung arbeitsrechtlicher Pflichten

Gerichtlichen Zwang zur Erfüllung der sportlichen Arbeit wird man gewöhnlich kaum ausüben, da eine körperliche Höchstleistung nur erzielt werden kann, wenn der Athlet auch subjektiv darauf ausgerichtet ist. Gleichwohl sei hier auf die Möglichkeit hingewiesen, die Sportarbeit als unvertretbare Leistung mit einer Klage nach § 888 ZPO geltend zu machen und - solange die arbeitsvertragliche Verpflichtung besteht - mit einem Antrag nach § 61 Abs. 4 ArbGG zu verbinden. Dieser Weg kann natürlich nur beim echten, anerkannten Berufssport beschritten werden, während die Berufssportler im weiteren Sinne durch besondere Modalitäten der Finanzaufwendungen ⁴⁵⁾ zur Erfüllung der Sport-

45) regelmäßig erfolgt die Auszahlung nur in Teilbeträgen über die gesamte Saison verteilt oder gar nur im nachhinein;

pflicht angehalten werden; denn das Recht kann nur dort helfen, wo es auch offiziell besteht.

Aus aktuellem Anlaß scheint jedoch viel wichtiger die Frage nach dem Rechtsschutz des Arbeitgebers, wenn der Sportler zwar einerseits zur Erbringung der versprochenen Arbeitsleistung bereit ist, ihm dies aber rechtlich unmöglich gemacht wird ⁴⁶⁾. Durch die Vielzahl der unmittelbar und mittelbar Beteiligten am Sport bedarf dieser einer gewissen Ordnung und Disziplinierung. Wenn Sportgremien nach Manipulationen ⁴⁷⁾ oder strafrechtlichen Verurteilungen ⁴⁸⁾ die weitere Sport- und damit Arbeitsausübung für längere Zeit verbieten, so wird dem Arbeitnehmer die Erbringung seiner Leistung zumindest vorübergehend unmöglich. Nachdem er diese Gründe aber selbst zu vertreten hat, kann der Arbeitgeber innerhalb einer Frist von zwei Wochen außerordentlich kündigen (§ 626 BGB) und alsdann Ersatz des durch die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses entstehenden Schaden verlangen (§ 628 Abs. 2 BGB), sofern die ursächlichen Gründe ⁴⁹⁾ die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar erscheinen lassen. Darüberhinaus kann der Verein als Arbeitgeber wegen fehlender Geschäftsgrundlage nach § 242 BGB vom "Vertrag" mit dem bisherigen Verein zurücktreten, wenn der Sportler erst kurze Zeit beim neuen Verein tätig war und daher nur wenige Spiele bestritt ⁵⁰⁾. Die Konsequenz dieses Rücktrittsrechts besteht vor allem in der Rückforderung

46) z.B. durch Lizenzentzug oder Spielverbot;

47) vgl. Bundesligaskandal 1973; aber auch der Pferdesport wurde von Manipulationen nicht verschont, vgl. Pressenotiz Südd. Zeitung vom 14.6.1976;

48) vgl. Pressenotiz Südd. Zeitung vom 14.2. u. 23.3.76; zur rechtlichen Möglichkeit eines Spielverbotes siehe die Ausführungen unten;

49) hier: Annahme von Bestechungsgeldern;

50) BGH NJW 1976, S. 565;

der gezahlten Ablösesumme vom alten Verein.

Macht der Arbeitgeber von seinem Recht zur außerordentlichen Kündigung keinen Gebrauch, so kann er eventuell Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Da im Arbeitsvertrag die ausgefallene Leistung jedenfalls in der vorgegebenen Arbeitszeit nicht nachholbar ist, wird die Arbeitsleistung mit Zeitablauf unmöglich⁵¹⁾. Dies muß vor allem im bezahlten Sport gelten, da der Einsatz in einem bereits ausgetragenen Wettkampf⁵²⁾ nicht mehr nachgeholt werden kann. Die termingebundene Sportarbeit ist bereits "gelaufen". Als Anspruchsgrundlage ist daher § 325 BGB heranzuziehen. Allerdings stößt der Arbeitgeber sowohl bei der Kausalität als auch bei der Höhe des zu bemessenden Schadens auf erhebliche Schwierigkeiten. Ein konkreter Schaden entsteht letztlich nur dort, wo wegen des Unmöglichkeitgrundes bei einem Transfer ins Ausland⁵³⁾ nur eine verminderte Ablösesumme erzielt werden kann. Eine Geltendmachung dieser Schadenersatzforderung wird aber - selbst wenn sie im Einzelfall nachgewiesen werden kann - aus Opportunitätsgründen nicht exerziert.

Schließlich ist der Arbeitgeber berechtigt, bis zur Bewirkung der Arbeitsleistung die Lohnzahlung zu verweigern (§ 320 BGB). Da die ausgefallene Arbeitsleistung mit Zeitablauf unmöglich wird, entfällt bei schuldhafter Arbeitsverhinderung gemäß § 325 Abs. 1, Satz 3 iVm § 323 Abs. 1 BGB die Lohnforderung des Arbeitnehmers

51) zum Streit, ob in diesem Fall Verzug oder Unmöglichkeit vorliegt vgl. Hueck-Nipperdey, Band I, S. 349/350;

52) Dies ist der eigentliche Inhalt des Arbeitsvertrages; die gesamten Vorbereitungen sind auf dieses Ziel ausgerichtet;

53) ein Transfer im Inland ist bei Lizenzentzug nicht mehr möglich, so daß überhaupt keine Ablöse erzielt würde;

endgültig. Allerdings ist dieser Fortfall der Lohnzahlung bei der Berechnung des Schadenersatzes zu berücksichtigen.

Nur dort, wo die Arbeitsverhinderung nicht auf dem Verschulden einer der beiden Parteien beruht (§ 323 BGB), wird der Grundsatz "ohne Arbeit - kein Geld" über die Vorschrift des § 616 BGB durchbrochen. Diese Fallgestaltung unterliegt dem Komplex der Lohnfortzahlung und wird erst an anderer Stelle ⁵⁴⁾ behandelt.

Für die Anwendung des § 615 BGB bleibt kein Raum, da diese Vorschrift die Möglichkeit der Leistung voraussetzt. Der vom zuständigen Verband gesperrte Spieler kann aber seine Leistung gegenüber seinem Arbeitgeber gar nicht erbringen.

54) vgl. S. 154

II. Pflichten des Arbeitgebers

1) Die Vergütungspflicht

Die Primärpflicht des Arbeitgebers besteht in der Zahlung einer Arbeitsvergütung als Gegenleistung für die erbrachten Dienste (§ 611 BGB). Dieser Lohnzahlungspflicht ist im Berufssport dieselbe Bedeutung beizumessen wie im normalen Arbeitsleben. Die Praktizierung eines gerechten Lohnsystems muß jedoch der Tatsache Rechnung tragen, daß der bezahlte Leistungssport auf das Interesse des Sportkonsumenten angewiesen bleibt; d.h. mit dem sportlichen Erfolg wachsen das Interesse der Zuschauer und damit die Einnahmen, während andererseits die individuelle Leistung nicht konkret wirtschaftlich gemessen werden oder überprüft werden kann, da der Begriff einer "guten Arbeit" im Sport weitestgehend relativiert wird.

Während die finale Lohnfindung ⁵⁵⁾ heute lediglich bei der Bewertung betrieblicher Verbesserungsvorschläge Anwendung findet, bietet sich im Rahmen der kausalen Lohnfindung ⁵⁶⁾ der Zeit-, Akkord-, oder Prämienlohn an.

Für den Akkordlohn fehlt im Berufssport der allgemeine Anknüpfungspunkt der Quantität und er ist daher als Lohnform ungeeignet. Aber auch der Zeitlohn, der in monatlichen oder saisonalen Abschnitten ausbezahlt wird, bildet meist nur die Entlohnungsgrundlage und wird durch andere Lohnarten ergänzt. Der Erfolgsabhängigkeit des Sportes wird man durch Prämienzahlungen am ehesten gerecht. So werden beispielsweise Prämien ausgesetzt

55) nach dieser Theorie resultiert die Berechnung des Lohnes aus der Bewertung der in der Ware investierten Arbeit;

56) nach dieser Berechnungsmethode ist Gegenstand und Maß des Lohnes die menschliche Arbeitsleistung;

für die Erringung der Meisterschaft, den Aufstieg in eine höhere Spielklasse, den Klassenerhalt, Siege und Placierungen, wobei oft auch die Zahl der Wettkampfeinsätze als Verteilungsschlüssel herangezogen wird.

Im allgemeinen Arbeitsrecht ist die Prämie als aktuelle Entlohnungsform anerkannt, kann aber keine Allgemeingültigkeit beanspruchen, da dieses Lohnsystem mit seinen gewählten Einflußgrößen immer nur auf einen bestimmten Betrieb oder Bereich zugeschnitten sein kann ⁵⁷⁾. Gerade der Erfolg als Bezugspunkt der Berechnung läßt das gemischte Prämienlohnsystem ⁵⁸⁾ im bezahlten Leistungssport als gerechte Lösung erscheinen ⁵⁹⁾.

Die geplante Neugestaltung der Einheitsverträge für Fußballprofessionals sieht eine gestaffelte Leistungsprämie vor. Diese an sich vernünftige Regelung, daß die Leistungsprämie an die Anzahl der Einsätze gekoppelt wird, stößt insofern auf Bedenken, als sie die Gefahr der Manipulation zum Nachteil der Spieler in sich birgt. Es ist nämlich nicht von der Hand zu weisen, daß in der Endphase der Saison Spieler nicht mehr eingesetzt werden, um sie in einer niedrigeren Leistungsprämienkategorie einzustufen und dem Verein Geld zu sparen ⁶⁰⁾.

57) Bösherz, Die Praxis der Prämienentlohnung, S. 9;

58) dabei wird die Grundvergütung durch eine Prämie aufgestockt;

59) Im Skisport wird die Verdienstausfallentschädigung durch "Zuwendungen für besondere Placierungen" erhöht, was einem Grundgehalt mit Prämienzahlung entspricht;

60) vgl. hierzu Pressenotiz Südd.Zeitung vom 16.7. und 14./15.8.1976; zur Frage der Mitbestimmung s. S. 126;

Die Ansicht von Bösherz ⁶¹⁾, daß die Prämie als Entlohnungsform der Zukunft ihre endgültige Verwirklichung in der Erfolgsbeteiligung findet, mag besonders für den Bereich des Berufssports gelten, wenngleich dann ein differenzierterer Aufbau als für das Prämienlohnsystem erforderlich wird. Unter diesem Aspekt gingen bereits einige Vereine dazu über, von den Einnahmen jeweils Sonderprämien auszuschütten, wenn eine zu Beginn der Saison errechnete Besucherzahl überschritten wurde. Vielfach erfolgt auch eine prozentuale Beteiligung am Gesamtgewinn, jedoch ist zu bedenken, daß ein Gewinn vom Arbeitgeber durch Unkosten entsprechend gering gehalten werden kann, so daß sich diese Art der Entlohnung auf Einzelveranstaltungen beschränken muß und daher der letztgenannten Modalität entspricht. Aber auch die Gewährung zinsgünstiger oder zinsloser Darlehen ⁶²⁾, kostenfreie Wohnungen oder Fahrzeuge, zusätzlichen Versicherungsschutz, Ausbildungsbeihilfen oder die pauschale Erstattung von Spesengeldern sind als Naturalleistungen eine Entlohnungsart.

Erhält der Sportler hingegen Plaketten, Pokale oder Statuen als Ehren- oder Erinnerungsgaben, so übersteigt hier regelmäßig der ideelle Wert den wirtschaftlichen. Da diese Gegenstände sich nicht zur Weiter-

61) Bösherz, a.a.O., S. 10;

62) zum Darlehen vgl. OLG Hamm NJW 1976, S. 331: Die Deklaration eines Handgeldes als Darlehen - wobei am Ende der Saison eine Quittung über die (nicht erfolgte) "Rückzahlung" ausgestellt wird - verstößt zwar gegen die Statuten des Amateursports aber nicht gegen Gesetz oder gute Sitten, so daß die Rückzahlung des "Darlehens" verlangt werden kann, wenn die versprochene Sportleistung für die gesamte Spielzeit nicht erbracht wurde;

veräußerung eignen und ihre eigentliche Bedeutung im Erinnerungswert für den Sportler liegt, sind solche Preise weder Arbeitsentgelt noch Einkommen im Sinne des Steuerrechts ⁶³⁾. Etwas anderes kann nur dort gelten, wo die Preise in Form von Gebrauchsartikeln gewährt werden ⁶⁴⁾ wie vor allem im Radsport, da es sich hier nicht um Ehrengaben, sondern um Sachprämien handelt.

Eine ganz besondere Bedeutung spielen im Hochleistungssport die sogenannten Handgelder, die anlässlich eines Vertragsabschlusses oder auch bei der Verlängerung auslaufender Verträge bezahlt werden. Als Draufgabe honoriert das Handgeld die langfristige Bindung des Athleten und stellt keine Gegenleistung für geleistete oder noch zu leistende Arbeit dar. Diese Zahlung wird regelmäßig nicht auf das künftige Arbeitsentgelt angerechnet und sofort mit dem Vertragsabschluß fällig bzw. ausbezahlt. Das Handgeld stellt damit einen zusätzlichen Anreiz zum Vertragsabschluß bzw. zur Vertragsverlängerung dar und muß nur dann zurückgezahlt werden, wenn dem Arbeitnehmer durch sein eigenes Verschulden die Arbeitsaufnahme unmöglich wird ⁶⁵⁾. Den Charakter einer Treueprämie für die in der Vergangenheit geleisteten Dienste muß man dem Handgeld absprechen, da es in Erwartung zukünftiger Leistungen gezahlt wird und der Einsatz zur Erringung bestmöglicher Ergebnisse durch entsprechende Gehalts- und Prämienzahlungen in der Vergangenheit bereits honoriert und abgegolten

63) a.A. Littmann, Kommentar zum Einkommensteuerrecht, § 2 Anm. 12;

64) z.B. Automobile oder Reisen;

65) z.B. grob fahrlässiger Unfall, Entzug der Lizenz; vgl. auch Urteil OLG Köln v. 27.4.71, NJW 1971, S. 1367: das Handgeld ist auch dann zurückzuzahlen, wenn der Vereinswechsel nicht zustande kommt.

wurde. Mag das Handgeld auch steuerrechtlich als Arbeitslohn angesehen werden, so muß dies unter dem zivilrechtlichen Gesichtspunkt verneint werden.

Als Arbeitslohn gelten aber auch sogenannte "Verdienstausschüttungen", die im bezahlten Amateursport die wahren Verhältnisse verschleiern sollen. Diese Entschädigungen treten an die Stelle des "ausgefallenen" Arbeitsverdienstes ⁶⁶⁾ und ist daher als echtes Arbeitseinkommen anzusehen, da sie kombiniert mit Prämienzahlungen als Gegenleistung für die sportliche Arbeit gewährt werden.

Gratifikationen als Sonderzuwendungen in Anerkennung geleisteter Dienste sind im Berufssport allgemein nicht üblich, da, wie schon vorher erwähnt, der Lohn am sportlichen Erfolg ausgerichtet ist, und die Leistungen durch Prämien bereits entsprechend honoriert wurden. Angesichts der meist überproportionalen Bezüge im bezahlten Sport bleibt für Gratifikationszahlungen kein Raum.

Dieser Gesichtspunkt ist auch zu bedenken, wenn man im Berufssport die Frage nach der Zahlung eines Alters-Ruhegeldes anschneidet. Die großzügigen Gehälter, Prämien und Handgelder reichen aus, um sich für spätere Jahre eine Existenzgrundlage zu schaffen. Außerdem wird dem Berufssportler die private Altersversorgung dadurch erleichtert, daß er in verhältnismäßig jungen Jahren ⁶⁷⁾ noch in einem bürgerlichen Beruf Fuß fassen und dabei meist die durch den Sport erlangte Popularität verwerten kann.

66) vielfach wird ein Verdienstausschüttung fingiert, z.B. bei Studenten und Schülern. In diesen Fällen wird die Entschädigung mit der sportlich bedingten Verzögerung der Berufsausbildung begründet.

67) ein Leistungssportler beendet seine Karriere gewöhnlich mit etwa 30 - 35 Jahren;

2) Pfändungsschutz

Soweit Bezahlungen als Entgelt für die Arbeitsleistung gewährt werden ⁶⁸⁾, ergeben sich für die Pfändung des Arbeitseinkommens von Berufssportlern kaum Besonderheiten. Die Pfändungsvorschrift der §§ 850 ZPO können allerdings dort nicht wirken, wo offiziell eine Bezahlung gar nicht erfolgt (Eishockey, Handball), mithin also nur "schwarze Gelder" unter dem Tisch zugesteckt werden. Darüberhinaus schwankt meist der pfändbare Betrag, da das monatliche Einkommen eines Berufssportlers aufgrund der leistungsbezogenen Vergütung vom sportlichen Erfolg abhängt.

3) Lohnfortzahlung

Abgesehen von den Fällen, in denen feste Monatsbeträge vereinbart oder durch Abschluß von Zweitverträgen gewisse Jahreseinkommen garantiert werden, verdient die Lohnfortzahlung bei Unmöglichkeit der Arbeitsleistung besondere Beachtung, wenn das Grundgehalt mit Prämien gekoppelt ist. Bei Unmöglichkeit der sportlichen Leistung ist in erster Linie an eine krankheitsbedingte Verhinderung zu denken, jedoch auch an eine faktische Verhinderung durch Maßnahmen des Lizenzgebers ⁶⁹⁾.

68) hierunter fällt das Handgeld aber nicht; dieses wird als Gegenleistung für zeitliche Bindung und nicht als Lebensunterhalt gezahlt, somit unterfällt es nicht dem Pfändungsschutz;

69) beispielsweise Spielverbot, Matchstrafen;

a) bei Krankheit oder Unzumutbarkeit

Als Sondervorschrift zu den §§ 320 ff BGB bringt § 616 BGB keine Aussage über die Höhe des Entgeltes, wenn ein Arbeitnehmer auf Prämienbasis entlohnt wird. Fällt ein Aktiver wegen einer Sportverletzung oder Krankheit für mehrere Wettkämpfe aus, so entscheidet der Arbeitgeber oft sehr subjektiv, ob und in welcher Höhe eine Fortzahlung der Vergütung erfolgt ⁷⁰⁾. Im Lizenzfußball erwächst das Problem über die Höhe der Lohnfortzahlung daraus, daß regelmäßig der eingesetzte Spieler die volle Prämie erhält. Der als Reservespieler aufgebotene wird mit der halben Prämie abgefunden, während sich die übrigen Mitglieder der Mannschaft mit dem Grundgehalt bescheiden müssen. Würde man in analoger Anwendung von § 2 Abs. I LFG bei der erfolgsabhängigen Prämienvergütung das Lohnausfallprinzip durch eine rückblickende Betrachtung während der letzten drei Monate verwirklichen ⁷¹⁾, so unterliefe man den Sinn des Prämiensystems. Theoretisch könnte nämlich ein erkrankter Spieler mehr verdienen als seine aktiven Kollegen, wenn die Mannschaft mit ihm während der letzten drei Monate sehr erfolgreich war, nunmehr aber mangels sportlicher Erfolge keine Prämien einspielt. Die auf das Grundgehalt aufgestockte Prämie soll aber gerade zum Höchstmaß an sportlichem Einsatz und sportlicher Leistung motivieren und nicht zusätzlich im nachhinein dem verhinderten Spieler erhöhte Bezüge bescheren. Soweit vertraglich im Krankheitsfall die

70) Nach der gegenwärtigen Praxis im Eishockey wird eine Verletzung nur dann "anerkannt", wenn sie durch Wettkampf oder Training bedingt ist; beim Skisport erhält der Fahrer nur dann eine "Lohnausfallentschädigung", wenn der Unfall oder die Krankheit nicht fahrlässig d.h., nicht durch artfremde Betätigungen mit bedingter Verletzungsgefahr herbeigeführt wurden;

71) BAG in AP Nr. 18,20,21 zu § 2 ArbeiterkrankheitsG hat bei Überstunden die regelmäßige Arbeitszeit durch einen Vergleich der letzten drei Monate vor der Krankheit ermittelt;

gesetzlichen Regelungen gelten, sind über die Frage, ob und in welcher Höhe dem erkrankten Arbeitnehmer auch Prämien zustehen, keine Vereinbarungen getroffen worden.

Das BAG hat regelmäßig gezahlte Provisionen und Umsatzprämien als Teil des Gehalts anerkannt und bei Arbeitsverhinderung einen rückvergleichenden Durchschnittswert errechnet ⁷²⁾. Diese Rechtssprechung läßt sich aber auf die Erfolgsprämien im bezahlten Sport nicht übertragen. Zum einen handelte es sich in den entschiedenen Fällen um Arbeitnehmer, deren Arbeitserfolg allein von ihrer Initiative und ihren Fähigkeiten abhing ⁷³⁾, während der abhängige Leistungssportler regelmäßig als Teil der gesamten Mannschaft zum gemeinsamen Erfolg beizutragen versucht. Zum anderen waren die Prämien nur in ihrer Höhe erfolgsabhängig, während sie im abhängigen Leistungssport dem Grunde nach mit dem Erfolg verknüpft sind. Aus diesen Erwägungen heraus sind Sieg- und Leistungsprämien bei krankheitsbedingter Arbeitsverhinderung in der Höhe zu leisten, wie sie der abhängige Sportler erzielt hätte, wenn er einsatzfähig gewesen wäre. Dies bedeutet einen Anspruch auf den mutmaßlich erzielbaren Durchschnittsverdienst ⁷⁴⁾. Im allgemeinen wird der Arbeitnehmer nicht wissen, in welchem Umfang gearbeitet worden ist und daher den Durchschnittsverdienst aus einem Querschnitt der vorher-

72) vgl. BAG in AP Nr. 4, 13 zu § 63 HGB; aber auch BAG SAE 1974, S. 23: eine einmalig im Jahr gezahlte Anwesenheitsprämie gehört nicht zum fortzuzahlenden Arbeitsentgelt;

73) Zeitungswerber, kaufmännischer Angestellter;

74) Schaub, a.a.O., S. 423;

gehenden Lohnperiode berechnen. Gerade im Sport aber liegen Erfolg oder Mißerfolg nach einem Wettkampf klar zu Tage. Hat der allein auf sich gestellte Berufssportler eine sportliche Arbeitsleistung zu erbringen, ist ihm dies aber aus Gründen von Krankheit, Verletzung oder Unzumutbarkeit nicht möglich, so entfällt sein Wettkampf und die an seine Person gebundene Prämie kann dem Grunde nach gar nicht entstehen. Bei einer Mannschaftsdisziplin hingegen wird der verhinderte Akteur durch einen anderen ersetzt und der Wettkampf findet statt. Nur im Erfolgsfalle partizipiert der verhinderte Teilnehmer an den Prämien. Bei einem Mißerfolg kann er nicht besser gestellt werden, als die übrigen Arbeitskollegen; denn durch den Verzicht auf das gesicherte Verhältnis von Wert und Gegenwert erfährt das Sportarbeitsverhältnis in diesem Fall ein aleatorisches Moment ⁷⁵⁾.

Eine rückblickende Betrachtung ist aber insoweit erforderlich, um die Leistungsstärke und damit die Möglichkeit eines Einsatzes beurteilen zu können. Wenn ein Spieler bis zum Zeitpunkt seiner krankheitsbedingten Pause nicht einmal als Ersatzspieler vorgesehen war, kann er im Falle seiner Erkrankung nicht dadurch finanziell besser gestellt werden, daß er an den von der Mannschaft erkämpften Erfolgsprämien partizipiert. Andererseits ist anzunehmen, daß ein durch Krankheit verhinderter Stammspieler ohne diese Verhinderung am Wettkampf aktiv teilgenommen hätte. Ebenso wird man den Reservespieler in seine bisherige Leistungskategorie einstufen. Dies bedeutet eine Klassifizierung in Stamm-, Reserve- und sonstige Spieler. Wenn daher einzelvertraglich Vereinbarungen getroffen werden, daß nur eingesetzte Spieler die volle Prämie, Reservespieler die halbe Prämie erhalten, so ist diese Regelung aus Gründen der Klarstellung zu begrüßen.

75) vgl. Esser, Schuldrecht Band II, a.a.O., S. 261

Für eine derartige Differenzierung ergibt sich auch ein sachlicher Grund, wenn man Sieg- und Leistungsprämien als leistungsfördernde Belohnung charakterisiert.

Die Lohnfortzahlung ist gemäß § 616 Abs. 1 BGB dann ausgeschlossen, wenn den Arbeitnehmer ein Verschulden an der Arbeitsverhinderung trifft.

Wenn § 616 Abs. 1, Satz 1 BGB von Verschulden spricht, so ist damit lediglich das Verschulden gegen sich selbst gemeint. Dies bedeutet, daß lediglich eine leichtsinnige, unverantwortliche Selbstgefährdung oder ein grober Verstoß gegen das von einem verständigen Menschen im eigenen Interesse zu erwartende Verhalten ⁷⁶⁾ vom Arbeitnehmer verschuldet ist. Damit ist aber sowohl der Arbeits- als auch der Freizeitbereich angesprochen. Der Arbeitgeber kann seine Pflicht zur Lohnfortzahlung daher nicht auf die Fälle beschränken, in denen die Krankheit bzw. die Verletzung auf einen Einsatz im Training oder Wettkampf zurückzuführen ist. Das vereinbarte Entgelt dient als Entlohnung zur Sicherung des Lebensunterhalts; das Risiko eines unverschuldeten Unfalls oder einer Krankheit kann nicht durch eine Beschränkung der Lohnfortzahlungspflicht auf den Arbeitnehmer abgewälzt werden. Allerdings darf der Arbeitgeber geltend machen, daß eventuell entgegen einem ausdrücklichen Hinweis das Risiko einer Verletzung durch fahrlässiges Verhalten schuldhaft erhöht wurde ⁷⁷⁾. Das allgemeine Risiko berührt hingegen die Lohnfortzahlung nicht.

76) BAG in AP Nr. 28 zu § 63 HGB;

77) z.B. gefährliche Privatarbeiten, risikobehaftete Ausgleichssportarten;

Problematisch scheint die Abgrenzung zwischen leichtsinniger Selbstgefährdung und dem vom Arbeitgeber geforderten kämpferischen Einsatz. Durch die Wettkampfbestimmungen werden dem Sportler bereits Richtlinien für das Maß des körperlichen Einsatzes vorgezeichnet. Solange er sich in diesem Rahmen hält, sind eventuell erlittene Verletzungen nicht von ihm verschuldet. Aber selbst eine maßvolle Überschreitung dieses Rahmens erfolgt regelmäßig im Interesse des Arbeitgebers und muß daher auch diesem "zugerechnet" werden. Lediglich in Extremfällen ⁷⁸⁾ wird eine leichtsinnige Selbstgefährdung vorliegen und eine Vergütungspflicht nach den §§ 611, 616 BGB entfallen.

b) Lohnfortzahlung bei Spielverbot

Mehr noch als der allgemeine Arbeitsbereich verlangt der Sport eine gewisse Disziplinierung, um die Chancengleichheit zu wahren, die Gesundheit der Aktiven zu schützen und einen geordneten Spielbetrieb aufrecht zu erhalten. Aus diesem Grunde werden Verstöße gegen Wettkampfbestimmungen oftmals mit zeitlichen Spielverboten durch Spitzengremien der jeweiligen Sportorganisationen sanktioniert. Als Folge dieser Sperren wird dem Arbeitnehmer die Erbringung seiner Arbeitsleistung für die Zeit der Suspendierung unmöglich. Für die Frage der Vergütung während dieser Zeit bringt § 616 BGB keine Lösung, da der Arbeitnehmer aufgrund seines Verhaltens nicht ohne Verschulden an der Erbringung seiner Dienstleistung verhindert ist. Ein privates Verbot macht seinen Wettkampfeinsatz faktisch unmöglich. § 616 BGB als Sonderregelung zu § 323 BGB läßt die Vorschriften der §§ 324, 325,

78) z.B. Spieler läuft Amok und erleidet dabei Verletzungen;

326 BGB aber unberührt ⁷⁹⁾, so daß eine Lösung bezüglich der Lohnfortzahlung aus den allgemeinen Unmöglichkeitensregeln gewonnen werden muß.

Wenn § 325 BGB dem Schuldner eine Schadenersatzpflicht wegen Nichterfüllung auferlegt, so ist der Arbeitgeber als Gläubiger im Umkehrschluß zur Einbehaltung der Vergütung berechtigt. Bei diesem Ergebnis ließe man aber unberücksichtigt, daß der gesperrte Spieler auch während der Zeit seiner Suspendierung den Weisungen seines Arbeitgebers unterworfen bleibt, am regelmäßigen Training teilnehmen muß und dabei als Trainingspartner für Übungen zur Verfügung steht. Wenn also lediglich sein Wettkampfeinsatz unmöglich wurde, so darf nur die dadurch erzielbare Verdienstmöglichkeit entfallen, während das Grundgehalt auch für diesen Fall der Arbeitsunmöglichkeit als vereinbart gelten muß.

Bei der Anwendung von § 325 BGB wurde das Vertretenmüssen bislang vorausgesetzt, verdient aber noch eine nähere Erläuterung. Ob der Schuldner die Unmöglichkeit zu vertreten hat, ist eine Frage des Verschuldens und bestimmt sich nach den §§ 276 bis 279 BGB. Letztlich hat der Berufssportler all jene Gründe zu vertreten, die zur Verhängung seiner Spielsperre führen, sei es, daß er verbotene Medikamente zu sich nimmt, die Ordnungsmäßigkeit seines Sportgerätes nicht überprüft, den Gegner ohne wettkampfspezifischen Bezug traktiert (Tätlichkeit), die Regeln des erlaubten körperlichen Einsatzes mehrfach weit überschreitet oder den Leiter des Wettkampfes durch beleidigende Äußerungen diffamiert. Beschränkte man in all diesen Fällen ohne Differenzierung die Vergütung auf das vereinbarte Minimum, so würde man den unbesonnenen, undisziplinierten Sportler zu Unrecht

79) Palandt, a.a.O., Anm. 1 c, cc) zu § 616;

mit dem Akteur auf eine Stufe stellen, der im Interesse seines Arbeitgebers die Grenzen des Erlaubten überschritten hat. Diese Egalisierung kann aber nicht befriedigen, zumal ein grober Regelverstoß durch den jeweiligen Schiedsrichter oft unterschiedliche Wertungen erfährt bzw. die Wertung im Ermessen des Spielers liegt, während der unbesonnene Spieler bewußt eine Disziplinosigkeit mit fest kalkulierbaren Konsequenzen begeht. Dieser unterschiedlichen Fallgestaltung trägt die Praxis dadurch Rechnung, daß die Höhe der fortlaufenden Bezüge unter Berücksichtigung des Benehmens insgesamt und des konkreten, dem Spielverbot zugrundeliegenden Falles in das Ermessen des Arbeitgebers gestellt wird. Es bleibt diesem natürlich unbenommen, den gesperrten Spieler über das Grundgehalt hinaus unter Berücksichtigung der gesamten Umstände an erspielten Prämien der Mannschaft partizipieren zu lassen. Es befriedigt jedoch nicht, daß der einzelne Spieler voll und ganz dem Ermessen seines Arbeitgebers ausgeliefert ist. Im Interesse der Rechtssicherheit wäre daher eine Betriebsvereinbarung zu begrüßen. Wegen Fehlens eines Betriebsrates bleibt aber bislang nur die Möglichkeit, einen ausgearbeiteten Rahmenkatalog in die einzelvertragliche Regelung einzubeziehen.

4) Die Beschäftigungspflicht

Heute wird allgemein anerkannt, daß es mit dem Wesen des Arbeitsverhältnisses nicht vereinbar sei, wenn der Arbeitgeber sich die Arbeitskraft des Arbeitnehmers sichert, ohne dann von ihr Gebrauch zu machen.⁸⁰⁾ Aus der Treuepflicht findet die Beschäftigungspflicht

80) Nikisch, a.a.O., S. 513 m.w.N; auch das BAG (AP Nr. 2 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht) hat die Beschäftigungspflicht grundsätzlich bejaht und mit der Würde des Arbeitnehmers und seinem Recht auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit nach Art. 1 und 2 GG begründet. Vgl. ferner LAG Stuttgart, AP 51, Nr. 177; LAG Frankfurt, AP 51, Nr. 178; LAG München, BB 1954, S. 286.

ihre Grenze ausnahmsweise, wo es dem Arbeitgeber wegen seines überwiegenden Interesses nicht zugemutet werden kann, den Arbeitnehmer mit Aufgaben zu betrauen.

Diese Grundsätze lassen sich aber nicht ohne weiteres auf den elitären Sport übertragen, da hier besondere Gesichtspunkte zu beachten sind. So wird der Sportler nicht für einen konkreten Arbeitsplatz verpflichtet, sondern meist als Mitglied eines Teams, dessen Ziel es ist, durch Aufbietung der jeweils Leistungsstärksten gemeinsam den Erfolg zu erringen. Die spezielle Art des Wettkampfes und die geordnete Durchführung des Spielbetriebes machen regelmäßig eine Kontingentierung erforderlich, während im allgemeinen Arbeitsleben sich die Zahl der Arbeitsplätze an Kapazitätsauslastung und Nachfrage orientiert. Allerdings ist sich der Sportler bereits bei seiner Bindung an den Dienstherrn bewußt, daß er seine Chance zum Wettkampfeinsatz nur bei konstanten und guten Leistungen realisieren kann. In Anbetracht von Verletzungen, Formschwankungen, taktischen Maßnahmen und disziplinarischer Verhinderung muß dem Arbeitgeber daher eine Dispositionsbefugnis hinsichtlich der Nominierung eingeräumt werden. Sein vorrangiges Interesse muß vor allem dort Beachtung finden, wo er unter eigenem Namen am Wettkampf teilnimmt; dies geschieht regelmäßig im Fußball-, Handball- und Eishockeysport sowie bei Werksmannschaften von Automobil- und Motorradfirmen. Der angestrebte Erfolg und das damit verbundene sportliche Image des Arbeitgebers müssen diesem zu bestimmen erlauben, durch wen er sich im Wettkampf vertreten lassen möchte. Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz wird insofern nicht berührt, als er weder bei Einstellung bzw. Wiedereinstellung ⁸¹⁾ noch bei Beförderungen und besonderen Einstufungen gilt. ⁸²⁾ Allerdings muß dem abhängigen Sportler dort ein Recht auf Beschäftigung

81) Hueck-Nipperdey, a.a.O., § 48 a, VII;

82) BAG in AP Nr. 3 "Schweigepflicht";

zugestanden werden, wo eine Limitierung der Teilnahme nicht besteht bzw. nur die individuelle Leistung gewertet wird.⁸³⁾ In diesen Fällen steht nämlich nicht der Name des Arbeitgebers, sondern die Persönlichkeit des Berufssportlers im Vordergrund, so daß die Verwehrung der Wettkampfteilnahme eine nicht berechnigte Zurücksetzung und unter Umständen sogar eine persönliche Diffamierung darstellen würde. Ganz allgemein kann eine Beschäftigungspflicht im Berufssport aber nicht angenommen werden, vielmehr ist jeweils die konkrete Ausgestaltung der arbeitsrechtlichen Bindung entscheidend.

5) Die Fürsorgepflicht

Als personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis wird die Rechtsbeziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vom Grundsatz beiderseitiger Treue beherrscht.⁸⁴⁾ Die allgemeine Treuepflicht obliegt daher nicht nur dem Arbeitnehmer, sondern auch der Dienstherr ist verpflichtet, sich im Rahmen des Arbeitsverhältnisses für den Arbeitnehmer einzusetzen, ihm Schutz und Fürsorge zuteil werden zu lassen und alles zu vermeiden, was die Interessen des Arbeitnehmers schädigen könnte oder dazu geeignet wäre. Die Treuepflicht des Arbeitgebers äußert sich mithin weitgehend in der Fürsorge für das Wohl des Arbeitnehmers und hat den gleichen umfassenden Charakter wie diejenige des Arbeitnehmers. Die Fürsorgepflicht wird heute vielfach als Grundpflicht des Arbeitgebers bezeichnet,⁸⁵⁾ deren Umfang gemäß § 242 BGB von den individuellen Gegebenheiten des konkreten Rechtsverhältnisses geprägt wird.

83) beispielsweise im Skisport, Ringen, Boxen, Radsport etc.

84) Hueck-Nipperdey, a.a.O., S. 390;

85) vgl. Nikisch, a.a.O., S. 470; Hueck-Nipperdey, a.a.O., S. 390;

Die harte körperliche Beanspruchung und der häufige Wechsel der Arbeitsstätte ⁸⁶⁾ erfordern eine besondere Beachtung des allgemeinen Gefahrenschutzes. Die Schutzpflicht des Arbeitgebers aus § 618 Abs. 1 BGB beschränkt sich nicht nur auf den ordnungsgemäßen Zustand von Trainings-, Massage- und Duschräumen, sondern aus dem Sinn und Zweck dieser Vorschrift hat der Dienstherr eines Sportlers auch für die Sicherheit der gemeinsam verwendeten Beförderungsmittel, der auswärtigen Unterkünfte, der Ausrüstungsgegenstände und der Spielflächen zu sorgen. ⁸⁷⁾ Erschöpft sich die Schutzpflicht häufig in einer ordnungsgemäßen Auswahl betriebsfremder Hilfspersonen, ⁸⁸⁾ so geht die Ansicht BÖRNERs ⁸⁹⁾ zu weit, der die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers auch auf die Wettkampfstätten des sportlichen Gegners ausdehnt. Nachdem die Unterhaltung derartiger Veranstaltungsplätze dem gastgebenden Verein obliegt, kann der unsachgemäße Zustand nur unter dem Gesichtspunkt der verletzten Verkehrssicherungspflicht im Rahmen einer Rechtsgutverletzung nach § 823 BGB Beachtung finden; damit aber muß sich der Schadensersatzanspruch gegen den gastgebenden Verein richten.

Wird der Arbeitgeber wegen eines Verstoßes gegen die Schutzpflichten aus § 618 Abs. 1 BGB in Anspruch genommen, so beschränkt sich seine Ersatzpflicht auf den entstandenen Sachschaden, da bei Personenschäden § 636 RVO den Arbeitgeber von Haftung freistellt. Der Arbeitnehmer ist aber auch berechtigt, seine sportliche Leistung über § 273 BGB zu verweigern, ohne daß dadurch sein Vergütungsanspruch entfällt (§ 615 BGB).

86) Trainingsplatz, heimisches Stadion, Trainingslager, auswärtige Wettkampfstätte;

87) vgl. zur Schutzpflicht bei Spielplätzen BGH Band 26, S. 371;

88) z.B. durch Buchung von Hotelunterkünften oder Charterflügen, Anmietung eines Mannschaftsbusses etc.

89) Börner, a.a.O., S. 118;

Im Berufssport verdient § 618 Abs. 1, 2. Halbsatz spezielle Beachtung, als der Arbeitgeber zur Vermeidung gesundheitsschädigender Überanstrengung verpflichtet ist ⁹⁰⁾, der Athlet aber in Intervallen ständig seine Höchstleistung erbringen muß. Mögen viele Privatspiele neben den Pflichtspielen vom Arbeitgeber aus finanziellen Gründen für notwendig erachtet werden, so empfinden die Aktiven diese zusätzliche Beanspruchung vielfach als Tortur, die ihre Substanz angreift. Die physische Beanspruchung liegt aber weit mehr in der Natur des Sports als bei normaler Arbeit und hat im gesteigerten Maße sogar die Funktion, die körperliche Leistungs- und Widerstandskraft zu erhöhen. Vermehrte Leistungspflicht zu Beginn einer Saison führt also nicht zu Gesundheitsbeeinträchtigungen, sondern vielmehr zu gesteigerter Leistungskraft. Zur wichtigsten Grundlage des Spitzensports zählt die hervorragende körperliche Verfassung, die sich wiederum nur durch intensives Training - zu dem auch Privatspiele zählen - gewinnen läßt. Sofern zusätzliche Spiele vom Arbeitgeber während der Saison aus finanziellen Gründen abgeschlossen werden, wird er aus eigenem Interesse die Anzahl dieser Spiele gering halten oder auf spielfreie Termine verlegen, um den Erfolg in Meisterschaftsspielen nicht durch übermäßigen Kräfteverschleiß zu gefährden. Der Arbeitgeber ist aus seiner Fürsorgepflicht daher gehalten, die Kräfte seiner angestellten Sportler nicht über Gebühr durch zusätzliche Spiele oder Training zu strapazieren, während eine gewisse zusätzliche Belastung dem Sportler durchaus zugemutet werden kann.

90) vgl. BAG Band 19, S. 288 = AP Nr. 15 zu § 618;

Angeichts der körperlichen und gesundheitlichen Voraussetzungen, die ein Berufssportler heute mitbringen muß, scheidet auch bei intensiverer Beanspruchung eine Gesundheitsgefährdung regelmäßig aus.

Bestehen vor einem Wettkampftermin noch Nachwirkungen einer früheren Verletzung, so steht der Spieler vor der Frage, ob er - falls er immer noch Schmerzen verspürt - eine Krankheitsbescheinigung beibringen soll oder ob er mit "Mittelchen" und Spritzen seinen Körper über die natürliche Schmerzreaktion hinwegtäuschen soll. Vom medizinischen Standpunkt muß von einer Entscheidung zum "Fit-machen" dringend wegen der gesundheitlichen Gefahren abgeraten werden. Die Freude am Wettkampf und die in Aussicht gestellte Siegprämie lassen das Moment der Vernunft aber oft in den Hintergrund treten. Diese Entscheidung kann letztlich nur der verletzte oder erkrankte Spieler selbst treffen; die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers verbietet es daher, den Spieler in diese Entscheidung hineinzudrängen oder sogar von ihm zu verlangen. Vielmehr hat der Arbeitgeber durch medizinische Betreuungsmaßnahmen wieder den Gesundheitszustand herzustellen, den die optimale Leistung voraussetzt. Unter Anwendung dieser Grundsätze darf der Arbeitgeber auch keinesfalls durch Verabreichung aufputschender Dopingmittel die natürliche Leistungsgrenze hinausschieben, denn kein Erfolg rechtfertigt die Mißachtung der menschlichen Gesundheit.

Mit der gesellschaftlichen Anerkennung des Sports rückt der herausragende Athlet in den Blickpunkt der Öffentlichkeit. Gleichzeitig aber ist er von dieser Seite her Angriffen in besonderem Maße ausgesetzt,

sei es von Zuschauern, der Presse oder den Sportverbänden. Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gebietet es diesem, sich schützend vor seinen Arbeitnehmer zu stellen und ihn eventuell durch geeignete Maßnahmen zu unterstützen ⁹¹⁾. Erst recht hat sich der Verein oder der Trainer als Vertreter des Arbeitgebers abfälliger Kritik an einzelnen Akteuren in der Öffentlichkeit zu enthalten. Die arbeitsrechtliche Treuepflicht verbietet es dem Arbeitgeber, durch unqualifizierte Äußerungen den Arbeitnehmer zu desavouieren, selbst wenn die Enttäuschung über einen sportlichen Mißerfolg berechtigt ist. Sachliche Kritik muß sich der Sportler allerdings gefallen lassen, da er als Person des öffentlichen Interesses keinen allumfassenden Schutz seiner Integrität erwarten darf.

91) z.B. Errichtung von Zäunen und Bestellung von Ordnern zum Schutz gegen handgreifliche Zuschauer; Gegendarstellungen in der Presse; Rechtsschutzmaßnahmen gegen Sanktionen durch die Sportverbände;

III. Die Anwendung allgemeiner arbeitsrechtlicher Prinzipien

1) Haftung - gefahrgeneigte Arbeit

Gewöhnlich haftet der Arbeitnehmer für alle Schäden, die auf sein Verschulden zurückzuführen sind (aus positiver Vertrags- oder Forderungsverletzung). In Erkenntnis dieser unbilligen Überwälzung betrieblicher Risiken auf den die Arbeit ausführenden Arbeitnehmer haben Rechtsprechung und Literatur den Begriff der gefahr- oder schadensgeneigten Arbeit zur Haftungseinschränkung des Arbeitnehmers entwickelt. Birgt nämlich die Arbeit infolge ihrer Eigenart die besonders hohe Wahrscheinlichkeit eines Versehens und damit einer Schadensgefahr in sich, so müsse der Arbeitgeber aufgrund seiner Fürsorgepflicht den Arbeitnehmer von Schadenersatzansprüchen freistellen. Dieser Grundsatz gilt aber nur bei leichter Fahrlässigkeit; der Arbeitnehmer muß allerdings den Schaden alleine tragen, wenn er den Schadensfall durch grobe Fahrlässigkeit herbeigeführt hat, während bei mittlerer Fahrlässigkeit eine Schadensverteilung in angemessenem Umfang vorzunehmen ist.

Nach der neueren Rechtsprechung des BAG soll eine Haftungsbeschränkung über die Grundsätze der gefahrgeneigten Arbeit nicht nur dann eingreifen, wenn die Arbeitsleistung typischerweise mit Gefahren verbunden ist, sondern es kommt auf die konkrete Gefahrenlage an, in der sich der Arbeitnehmer zur Zeit des Schadensereignisses befunden hat ⁹²⁾. So kann z. B. die Tätigkeit eines Kraftfahrers - die in der Regel gefahrgeneigt ist - im Einzelfall von der Haftungsbeschränkung

92) vgl. BAG AP Nr. 22, 26, 42, 53, 56, 78 zu § 611 Haftung des Arbeitnehmers;

ausgenommen sein, wenn der Arbeitnehmer bei gutem Wetter auf verkehrsarmer übersichtlicher Nebenstraße mit guter Fahrbahn fährt ⁹³⁾. Andererseits kann eine ungefährliche Tätigkeit wegen einer Drucksituation wie z.B. Arbeitsüberlastung zur gefahrgeneigten Arbeit werden ⁹⁴⁾.

Gegen diese Tendenz der Rechtsprechung wendet sich Götz HUECK in einer Anmerkung zum Urteil des BAG AP Nr. 22 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers. Aus Gründen der Rechtssicherheit kann ein und dieselbe Arbeit nicht in beliebig viele Teilabschnitte zerlegt werden und deren Schadensgeneigtheit nicht nach den jeweils gerade herrschenden Verhältnissen gesondert beurteilt werden.

Auch HANAU kritisiert in einer Anmerkung zum Urteil des BAG AP Nr. 53 zu § 611, Haftung des Arbeitnehmers die Tendenz der Rechtsprechung, die individuelle Situation zu berücksichtigen. Damit werde eine Präzisierung des Begriffs der gefahrgeneigten Arbeit unmöglich, da es kaum mehr Tätigkeiten gebe, die nicht irgendwie von einer Drucksituation wie Monotonie, Arbeitstempo, Überlastung oder privaten Schwierigkeiten beeinflusst werden. Damit aber kann jede abhängige Arbeit gefahrgeneigt werden. HANAU schlägt deshalb vor, den Begriff der gefahrgeneigten Arbeit ersatzlos zu streichen, da die vom BAG eingeführte Verschuldensstaffelung alleine ausreiche, um gerechte Ergebnisse zu erzielen.

STEINDORFF ⁹⁵⁾ will nicht erst die Haftung entfallen lassen, sondern verneint bei auf die Dauer unvermeidbaren Fehlgriffen bereits ein Verschulden des Arbeitnehmers.

93) so BAG AP Nr. 22 zu § 611, Haftung des Arbeitnehmers;

94) vgl. BAG AP Nr. 53 zu § 611, Haftung des Arbeitnehmers;

95) JZ 1959, S. 1 ff;

Der Sport bezieht seine Dynamik und Faszination aus dem Reiz des Wettkampfes, dem Messen der Kräfte zweier Kontrahenten. Dabei kommt es vielfach zu körperlichen Berührungen, deren Brisanz allein schon durch den Begriff des "Zweikampfes" zum Ausdruck kommt. Zum Schutze der Gesundheit reglementieren die Spielregeln das Maß des erlaubten Einsatzes. Wegen der Vielfalt der Wettkampfsituationen müssen diese Bestimmungen jedoch sehr allgemein gefaßt werden. Aufgrund des körperlichen Kontakts mit dem Gegner während des Wettkampfes bringen die meisten Sportarten eine gewisse Verletzungsgefahr mit sich, die auf übertriebenem Einsatz, mangelnder Körperbeherrschung oder ganz einfach auf der Hektik der Veranstaltung beruht. Dies gilt auch für den Motor- und Skisport, bei denen durch die enormen Geschwindigkeiten an die Grenze der menschlichen Beherrschbarkeit gestoßen wird, mit der ständigen Gefahr für Gegner und Zuschauer. Dieses erhöhte Unfallrisiko berechtigt ganz allgemein, die Tätigkeit des Hochleistungssportlers als gefahrgeneigte Arbeit im Sinne des Arbeitsrechts anzuerkennen und die entwickelten Grundsätze des innerbetrieblichen Schadenausgleichs auch in diesem Bereich anzuwenden.

Verletzt ein Sportler seinen eigenen Mannschaftskameraden, so greift regelmäßig bei Personenschäden § 637 RVO ein, der den innerbetrieblichen Arbeitsfrieden durch Vermeidung prozessualer Maßnahmen sichern soll. Sofern die Verletzung fahrlässig verursacht wurde, haftet der Arbeitnehmer desselben Betriebes nicht. Für Verletzungen eines Wettkampfgegners aus einem anderen Betrieb hat der Berufssportler aber nach allgemeinem bürgerlichen Recht (§ 823 BGB) einzustehen.

Bevor allerdings auf die Haftungsfreistellungspflicht des Arbeitgebers eingegangen werden kann, muß zunächst einmal eine Pflicht des Arbeitnehmers zum Schadenersatz bestehen, was bei Sportverletzungen insofern auf Zweifel stößt, als die bewußte Teilnahme an potentiell gefährlichen Wettkämpfen ein "Handeln auf eigene Gefahr" oder eine "sozial-adäquante Verhaltensweise" darstellt und damit die Tatbestandsmäßigkeit oder doch zumindest die Rechtswidrigkeit der in § 823 BGB kodifizierten Deliktstatbestände ausschließt ⁹⁶⁾. Vielfach wird auch eine konkludente Einwilligung in die Verletzung fingiert, um den Sport nicht durch überspannte Haftungsrisiken seiner Eigenart zu berauben. Insbesondere Verletzungen beim Fußballspiel veranlaßten den BGH in jüngster Zeit, zur Haftungsfrage bei Sportverletzungen Stellung zu nehmen ⁹⁷⁾.

Der gesamte Problemkreis läßt sich folgendermaßen skizzieren:

Hat der Verletzer bei seinem Verhalten die gebotenen Spiel- und Wettkampfbestimmungen der jeweils spezifischen Sportart nicht verletzt, so scheidet nach der Lehre vom Handlungsunrecht die Rechtswidrigkeit aufgrund pflichtgemäßen Verhaltens aus.

Bei einem Verstoß gegen die Wettkampfbestimmungen hingegen wird die Rechtswidrigkeit bejaht; die schuldrechtliche Haftung erfordert jedoch noch die subjektive Vorwerfbarkeit an den Verletzer. Eine gewichtige Ansicht in der

96) vgl. Nipperdey, NJW 1957, S. 1777, 1779; Stoll, Handeln auf eigene Gefahr, S. 260; Larenz, Schuldrecht Band II, S. 452; Esser, Schuldrecht Band I, § 9 II, 2 a und c; Friedrich, NJW 1966, S. 755; Deutsch, Versicherungsrecht 1974, S. 1045; aber auch Grunsky, JZ 1975, S. 109: Bei Einhaltung der Spielregeln kann gar kein Verstoß gegen § 823 BGB vorliegen, da es sich dann um haftungsfreies Verhalten handelt.

97) BGH NJW 1975, S. 109; NJW 1976, S. 957; aber auch Urteil vom 16.3.1976, Az VI ZR 199/74;

Rechtsprechung und Literatur ⁹⁸⁾ will den Verletzer von seiner Haftung aus § 823 BGB bei geringfügigen Regelverstößen freistellen, sofern Spieleifer, Unüberlegtheit, technisches Versagen, Übermüdung oder dergleichen die Ursachen waren. Ohne zu dieser Ansicht Stellung zu nehmen, schließt sich der BGH in einigen Entscheidungen ⁹⁹⁾ dem so gewonnenen Ergebnis an, indem ein Schuldvorwurf verneint wurde. Dabei betont der BGH, daß je nach Art und Kampfniveau eines Spiels auch leichte Fahrlässigkeit erst relativ spät eintreten kann, da die individuelle Sorgfaltspflicht durch den kampfbetonten Charakter eines Spiels begrenzt wird.

Aber selbst bei einem rechtswidrigen und verschuldeten Regelverstoß kann nach Auffassung des BGH ¹⁰⁰⁾ ein Haftungsanspruch des Verletzten ausgeschlossen sein. Ein Sportler würde sich nämlich in unzulässigen Widerspruch zu seinem vorhergehenden Verhalten setzen, wenn er bei einer Sportart mit kämpferischen Elementen auch bei Einhaltung der geltenden Spielregeln mit einer Verletzung rechnet, die Gefahr also in Kauf nimmt und dennoch bei Eintritt bzw. Realisierung dieser Gefahr

98) so BayObLG NJW 1961, S. 2072; Wussow, Unfallhaftpflichtrecht, Rdn. 255; Reichert, Grundriß des Sportrechts, S. 223; Hellgardt, Haftung für Sportverletzungen, S. 70; vgl. auch BGH NJW 1976, S. 957: Ein Verschulden liegt auch dann nicht vor, wenn die Sportler in Sekundenbruchteilen Entscheidungen treffen müssen und dem einzelnen dabei Fehler unterlaufen, die erfahrungsgemäß auch bei anerkannten Spielern immer wieder vorkommen. Derartige geringfügige Regelverstöße begründen darum nicht schon ohne weiteres stets eine Fahrlässigkeit im Sinne von § 276 BGB, wenn der Art des Spiels eine gewisse Gefährlichkeit immanent ist und sich derartige Situationen praktisch in jedem Wettkampf häufig ergeben.

99) BGH NJW 1976, S. 957; Urteil vom 16.3.76, Az VI ZR 199/74;

100) BGH NJW 1975, S. 109;

Haftungsansprüche erhebt. ¹⁰¹⁾ Dieser Gedanke des Selbstwiderspruchs stehe dem Verlangen auf Schadensersatz nur dann nicht mehr entgegen, wenn gegen die Wettkampfbregeln in einem solchen Maß verstoßen worden sei, so daß auch nach dem Willen der Spieler die Grenze des Erlaubten überschritten sei.

Faßt man die BGH-Rechtssprechung zusammen, so besteht ein Schadenersatzanspruch für den verletzten Sportler nur, wenn a) von diesem ein Regelverstoß durch den Verletzer, b) die Schuld des Verletzers nachgewiesen werden kann und c) aus dem Verlangen auf Schadensersatz wegen der Schwere des Regelverstoßes ein *venire contra factum proprium* ausscheidet.

Mit dieser Rechtsauffassung des BGH soll die Tendenz der Versicherungsträger unterbunden werden, durch Regreßansprüche gegenüber dem Verletzer den gesamten Wettkampfsport in seinem Wesen in Frage zu stellen. Der Sport mit seiner gesellschaftspolitisch wichtigen Funktion wäre nämlich bei einer Überdehnung der Haftungsfrage nicht mehr existenzfähig. Insoweit zeigen sich Parallelen zum sog. "Sachverständigen-Urteil" des BGH ¹⁰²⁾, wonach auch ein fahrlässig erstelltes Falschgutachten den Sachverständigen nicht haftbar macht, um seine unabhängige Stellung nicht zu gefährden. Muß im Interesse der Existenz und Praktikabilität des Sports für die Frage der Haftung ein gewisser Freiraum akzeptiert werden, so darf auf der anderen Seite aus gleichem Grunde dieser Freiraum auch nicht überdehnt werden, mit anderen Worten: der Sportler haftet seinem Gegner

101) a.A. Petev, Versicherungsrecht 1976, S. 320: Eine Verletzung ist grundsätzlich rechtswidrig im Sinne des § 823 BGB. Die Verletzung der Spielregeln betrifft nur die Sorgfalt, d.h. die Frage des Verschuldens wird daraus beantwortet. Lediglich bei leichten Verletzungen wird der Ansicht des BGH zugestimmt mit dem Argument des *venire contra factum proprium*.

102) BGH NJW 1974, S. 312; dagegen kritisch Rasehorn, NJW 1974, S. 1172;

immer dann für Sportverletzungen, wenn er in grober Weise gegen die Wettkampfbestimmungen verstößt und ein fahrlässiges Verhalten damit indiziert wird. Bei vorsätzlichem Handeln steht ein Haftungsanspruch ohnehin außer Zweifel. Vor allem wegen des schwierigen Nachweises der subjektiven Vorwerfbarkeit muß die Frage der Haftung an der objektiven Situation, d.h. am konkreten Regelverstoß gemessen werden.

Besteht für den Verletzten bzw. dessen Versicherung im Einzelfall ein Schadensersatzanspruch, so kann der Verletzer als Arbeitnehmer gegen seinen Arbeitgeber einen Haftungsfreistellungsanspruch geltend machen. Aus seiner Fürsorgepflicht hat der Arbeitgeber den angestellten Sportler auch von solchen Schäden freizustellen, die nach allgemeinen arbeitsrechtlichen Regeln auf mittlere Fahrlässigkeit zurückzuführen sind. Eine Schadensverteilung in diesem Falle würde dem Grundsatz des *venire contra factum proprium* widersprechen; denn der Arbeitgeber kann den abhängigen Sportler nicht durch hohe Siegprämien zum höchsten Einsatz motivieren, das Haftungsrisiko aber nur zu einem Teil auf sich nehmen. Der übersteigerte körperliche Einsatz kommt nicht zuletzt auch dem Arbeitgeber zugute. Bei einer vorsätzlichen Verletzung seines Gegners (Tätlichkeit) überschreitet der Sportarbeiter jedoch den Rahmen der gerechten Risikoverteilung und hat daher den Regreßanspruch alleine zu tragen.

Verletzt sich der abhängige Sportler durch eigenes Verschulden während des Trainings oder Wettkampfes, so sichern die Geldleistungen gemäß § 616 Abs. 2 BGB und aus der gesetzlichen Unfallversicherung im allgemeinen den Lebensunterhalt des Berufssportlers. Da jedoch die Unfallversicherung nicht immer den gesamten Schaden abdeckt, kann vom Arbeitgeber aus seiner Für-

sorgepflicht verlangt werden, in Anbetracht der besonderen Sportunfallgefahren einen zusätzlichen Versicherungsschutz zu schaffen ¹⁰³⁾, zumal es auch im Amateursport üblich ist, jeden Sportler gegen Sportunfälle zu versichern.

Den Abschluß einer Lebensversicherung zugunsten unterhaltsberechtigter Personen kann man aber vom Arbeitgeber nur dort verlangen, wo sich der Arbeitnehmer im Interesse seines Arbeitgebers in besondere Lebensgefahr begibt. ¹⁰⁴⁾ Diese Latenz der Lebensgefahr läßt es fraglich erscheinen, ob der Begriff "Sport" hier noch berechtigt ist, jedoch würde eine Klärung dieser Frage die Basis der vorliegenden Untersuchung verlassen.

Beschädigt der Berufssportler Sachen des Arbeitgebers ¹⁰⁵⁾, so ist er regelmäßig von Schadensersatzansprüchen freizustellen. Gleiches gilt bei Beschädigung von Sachen des Gegners oder dritter Personen und erlangt spezielle Bedeutung bei Verletzungen von Zuschauern. Gerade im Motor-, Ski- und Eishockeysport können bereits durch geringfügiges Fehlverhalten beträchtliche Schäden verursacht werden, so daß der Arbeitgeber in diesen Fällen seiner Fürsorgepflicht durch eine ausreichende Haftpflichtversicherung für die betreffenden Sportler Rechnung tragen muß.

103) so ist beispielsweise im Berufsfußball eine Versicherung gegen Invalidität gemäß § 21 Abs.3 LspSt zwingend vorgeschrieben;

104) z.B. im Motorsport;

105) z.B. Ausrüstungsgegenstände, Wettkampfeinrichtungen;

2) Urlaubsanspruch

Der Anspruch auf einen bezahlten Erholungsurlaub ist in § 1 BurlG festgehalten; die Mindestdauer regelt § 3 BurlG. ¹⁰⁶⁾ Zum Zwecke der Erholung wird der Arbeitnehmer für eine bestimmte Zeit von seiner Pflicht zur Arbeitsleistung befreit unter Fortzahlung seines Lohnes. Nach herrschender Meinung folgt dies aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ¹⁰⁷⁾, während die gesetzlichen Regelungen den Urlaubsanspruch nicht nur gewähren, sondern zusätzlich ausfüllen. Zur Herbeiführung der Urlaubsfälligkeit bedarf es jedoch der Festlegung, was nach herrschender Meinung aus dem Direktionsrecht des Arbeitgebers folgt. ¹⁰⁸⁾ Hierbei steht zwar der Rahmen des § 315 BGB zur Verfügung, jedoch sind die Urlaubswünsche der Arbeitnehmer zu berücksichtigen (§ 7 BurlG). Sicherlich wird der Leistungssportler aufgrund seiner intensiven körperlichen Beanspruchung häufiger Erholungsphasen benötigen, als ein normaler Arbeitnehmer. Diesem Verlangen wird aber durch dosiertes Training, aktive Erholung ¹⁰⁹⁾ zwischen den einzelnen Wettkämpfen und absoluten Ruhetagen zum "Kraftschöpfen" Rechnung getragen. Es ist

106) Das Verhältnis zur tariflichen Regelung des Erholungsurlaubs stellt § 13 BurlG klar. Vom gesetzlichen Mindesturlaub darf in Tarifverträgen nicht abgewichen werden; im übrigen aber gehen die tarifvertraglichen Regeln dem Gesetz vor und zwar auch dann, wenn die Anwendung tarifvertraglicher Urlaubsregeln einzelvertraglich mit nicht Tarifgebundenen vereinbart ist. Außerdem kann durch Betriebsvereinbarungen, betriebliche Übung und speziell durch den Einzelvertrag der Erholungsurlaub über die gesetzliche Regelung hinaus zugunsten der Arbeitnehmer geregelt werden.

107) so Nikisch, a.a.O., S. 520; Hueck-Nipperdey, a.a.O., S. 417; Nipperdey-Mohnen-Neumann, Anm. 277 zu § 611. a.A. Kaskel-Dersch, a.a.O., S. 196: die Gewährung des Urlaubs ist eine selbständige, eigenständige Pflicht aus dem sozialrechtlichen Schutzprinzip der Art. 20 und 28 GG. Das BAG AP Nr. 6, 18 zu § 611 "Urlaubsrecht" stützt den Urlaubsanspruch zusätzlich auf Gewohnheitsrecht.

108) Schaub, a.a.O., S. 400;

109) Lockerungsübungen, Sauna, Massage;

daher nicht unbillig im Sinne von § 315 BGB, wenn der Arbeitgeber der gesamten Belegschaft oder Teilen davon einheitlich Urlaub erteilt, wenn dies dringende betriebliche Belange erfordern (§ 7 Abs. 1 BUrlG). Der Leistungsvergleich im Sport erstreckt sich vielfach über einen längeren Zeitraum¹¹⁰⁾; würde es dem einzelnen Sportler gestattet sein, während der laufenden Saison in Urlaub zu gehen, so würden Fragen über den Aufstieg, Abstieg und Meisterschaft durch zusätzliche Unwägbarkeiten beeinflusst. Den betrieblichen Verhältnissen und persönlichen Bedürfnissen des Arbeitgebers muß daher Vorrang eingeräumt werden. Nachdem in fast allen Sportarten eine saisonbedingte längere Pause den allgemeinen Spielbetrieb ruhen läßt, muß dem Arbeitnehmer aus betrieblichen Gründen zugemutet werden, diese Zeit für seinen Erholungsurlaub zu verwenden, zumal diese Periode sehr oft in die Sommermonate fällt.

Die Urlaubsdauer wird meist im Arbeitsvertrag individuell geregelt, ergibt sich aber häufig konkludent aus der Festsetzung der Vorbereitungsstermine für die kommende Saison. Im allgemeinen wird die Mindesturlaubsdauer aus § 3 BUrlG zugunsten des Arbeitnehmers überschritten. Was die Vergütung während dieser Zeit anbelangt, so wird bezüglich der Lizenzfußballspieler auf obige Ausführungen¹¹¹⁾ verwiesen. Darüberhinaus sei hier klargestellt, daß bei vereinbarten Monatsbezügen¹¹²⁾ diese auch während des Urlaubs gezahlt werden müssen (§ 11 BUrlG), während bei einem vereinbarten Gesamtbetrag mit ratenweiser Auszahlung¹¹³⁾ bereits das Urlaubsentgelt für die sportarbeitsfreien Wochen bzw. Monate eingeschlossen ist.

110) Punktspiele, Pokalspiele, Turniere;

111) 3. Kapitel, III. Tarifvertragsrecht,

112) so regelmäßig im Handball und Eishockey;

113) z.B. Arbeitsausfallentschädigungen für Ski-
rennläufer;

Wegen der einseitigen sportlichen Beanspruchung, die regelmäßig mit einer Freude an der Sache selbst verbunden ist, müssen Tätigkeiten des Berufssportlers während seines Urlaubs eher unter dem Gesichtspunkt einer Ausgleichstätigkeit gesehen werden, die nicht dem Verbot des § 8 BUrlG unterliegt. Da der Leistungssport körperliche Fitneß durch körperliche Anstrengung fordert und voraussetzt, muß der Arbeitgeber an einer aktiven Erholung geradezu interessiert sein, sofern sich die Belastung in Grenzen hält und das sportliche Leistungsvermögen nicht darunter leidet. ¹¹⁴⁾

Nach Wegfall von Satz 2 des § 7 Abs. 4 BUrlG kommt eine Urlaubsabgeltung nach § 7 Abs. 4 nur bei einer außerordentlichen Beendigung des Abhängigkeitsverhältnisses in Frage, da angesichts der zeitlich eingegangenen Bindung im Berufssport eine kurzfristige einseitige Lösung des Arbeitsverhältnisses nicht möglich ist. Gründe für eine vorzeitige Vertragsbeendigung werden aber nur in Ausnahmefällen vorliegen. ¹¹⁵⁾

114) Ein Verstoß gegen § 8 BUrlG liegt ohnehin nur dann vor, wenn der Arbeitnehmer den Urlaub gerade dazu benutzt, anderweit Geld zu verdienen; nicht hingegen, wenn der Urlaubszweck erfüllt wird und Ersparnis oder Vorteilsgewährung nur als untergeordnete Begleiterscheinung anzusehen sind. Für einen Verstoß gegen das Verbot der Urlaubsarbeit gemäß § 8 BUrlG fehlen im Gesetz Sanktionen. Die herrschende Lehre zieht dennoch vielfältige Folgerungen: Anspruch auf Unterlassung, Nichtigkeit eines Vertrages über Urlaubsarbeit, Schadensersatzanspruch, Kündigungsrecht, Rückforderung des Urlaubsentgelts, Verbrauch des Urlaubsanspruchs; vgl. hierzu Neumann, Verbotene Urlaubsarbeit, DB 1972, S. 2209 ff.

115) z.B. bei Annahme von Bestechungsgeldern zur Manipulation des Wettkampfergebnisses;

3) Betriebsstörungen und Wegfall der
Geschäftsgrundlage

Kann ein Wettkampf nicht stattfinden oder wird er abgebrochen, so sind die Ursachen hierfür meist von keiner der Parteien zu vertreten. Nachdem die allgemeine Unmöglichkeitregel des § 323 BGB eine den sozialen und wirtschaftlichen Verhältnissen inadäquate Lösung anbot, entwickelten das Reichsgericht ¹¹⁶⁾ und das Reichsarbeitsgericht ¹¹⁷⁾ die Lehre vom Betriebsrisiko, der sich auch das Bundesarbeitsgericht ¹¹⁸⁾ anschloß. Die Frage, ob der Arbeitslohn auch dann zu zahlen ist, wenn dem Arbeitnehmer die Leistung aus Gründen unmöglich wird, die weder von ihm noch vom Arbeitgeber zu vertreten sind, beurteilt sich heute nach der sog. "Sphärentheorie". Sofern weder durch kollektiv- noch durch einzelvertragliche Vereinbarungen abbedungen, geht das Betriebsrisiko heute im allgemeinen zu Lasten des Arbeitgebers. Dieser Grundsatz findet nur dann keine Anwendung, wenn

- a) die Arbeitsverhinderung auf einem bewußten Verhalten der Arbeitnehmer - insbesondere Streik - beruht, selbst wenn der einzelne Arbeitnehmer nur mittelbar betroffen wird;
- b) die Zahlung der vollen Löhne die Existenz des Betriebes gefährden würde;
- c) eine Stillegung zum Zwecke regelmäßiger Überholung betriebsspezifisch ist. ¹¹⁹⁾

116) RGZ Band 106, S. 272;

117) RAG in ARS Band 3, S. 116;

118) vgl. BAG in AP Nr. 1, 2, 3, 4, 5, 10, 14, 15 zu § 615 BGB "Betriebsrisiko";

119) zusammenfassend zur Lehre vom Betriebsrisiko vgl. Schaub, a.a.O., S. 432 m.w.N.

Das BAG scheint mit seiner jüngsten Rechtsprechung die Lehre vom Betriebsrisiko zu modifizieren. So trage ein Personal-Leasing-Unternehmen in der Regel das Lohnrisiko, wenn bei ihm angestellte Arbeitnehmer infolge Streiks in einem Drittbetrieb dort nicht beschäftigt werden können.¹²⁰⁾ Da die Leute an fremder Stelle eingesetzt werden, sei hier ein typisches Lohnrisiko des Arbeitgebers gegeben. Bei einem Streik werde nämlich nur die wirtschaftliche Beweglichkeit des Arbeitgebers eingeengt; damit aber müsse er rechnen. Diese Auffassung wurde im Urteil vom 7.11.75¹²¹⁾ wiederholt, als einem Unternehmen des Rohrleitungs- und Heizungsbaus ebenfalls bei einem Streik im Drittbetrieb das Lohnrisiko aufgebürdet wurde, da dem Arbeitgeber die abstrakte Möglichkeit verbleibe, die Arbeitnehmer an einer anderen betriebsfremden Arbeitsstelle einzusetzen.¹²²⁾ Das BAG bildet somit Fallgruppen von Unternehmen mit externem Arbeitnehmereinsatz, bei denen allein die abstrakte Möglichkeit eines anderweitigen Arbeitseinsatzes die Aufbürdung des Lohnrisikos begründe.

Im Berufssport kann die unverschuldete Störung des Betriebsablaufes in vielen Ursachen begründet sein; fraglich ist jedoch, wessen Sphäre dies zuzurechnen ist. Grundsätzlich hat der Verein als Arbeitgeber das Betriebsrisiko dort zu tragen, wo die Ursachen der Unmöglichkeit der Organisation betrieblicher Gestaltung

120) BAG vom 1.2.73, AP Nr. 29 zu § 615 BGB "Betriebsrisiko";

121) BAG AP Nr. 30 zu § 615 BGB "Betriebsrisiko";

122) Gegen diese Ausweitung des betrieblichen Risikos zu Lasten des Arbeitgebers wendet sich zu Recht SEITER in einer Anmerkung zum letztgenannten Urteil: Wenn allein schon die abstrakte Möglichkeit eines anderweitigen externen Einsatzes genügt, so müßte auch zum Arbeitgeberrisiko gehören, mit welchen Zulieferfirmen er Verträge abschließt bzw. er muß sich für einen eventuellen Streikfall um abstrakte Ersatzlieferer kümmern.

entspringen. Hierher gehören Spielausfälle wegen mangelhafter Einrichtung der Sportstätte ¹²³⁾, wegen Unspielbarkeit des Platzes ¹²⁴⁾, Ausbleiben von Ordnungsdienst oder Schiedsrichter; ebenso Spielabbrüche wegen Zuschauerausschreitungen. Alle diese Umstände fallen in den Bereich der betrieblichen Leitung und Direktion und sind daher dem Arbeitgeber zuzurechnen. Unberührt bleibt daher die Zahlung der vereinbarten Monatsvergütung bzw. des Grundgehaltes, während dem Aktiven die Möglichkeit einer zusätzlichen Siebprämie im Nachholspiel offen gehalten wird. Nachdem aber bei Spielabbrüchen wegen Zuschauerausschreitungen regelmäßig ein negatives Resultat zu Lasten der Heimmannschaft von Verbandsseite festgesetzt wird, muß vom Arbeitgeber auch diejenige Erfolgsprämie gezahlt werden, die angefallen wäre, wenn der Wettkampf zum Zeitpunkt des Abbruchs regulär beendet gewesen wäre. Gleiches muß bei nachträglicher Annullierung eines Wettkampfergebnisses wegen Verstoß gegen die Spielordnung ¹²⁵⁾ gelten. Störungen des Betriebsablaufes, die von Mitgliedern der eigenen Arbeitnehmerschaft ausgehen, entspringen dagegen der Sphäre der Arbeitnehmer und lassen ihren Lohnanspruch entfallen. ¹²⁶⁾ Aus Gründen der Solidarität muß es der Sportarbeiter aber auch gegen sich gelten lassen, wenn die Betriebsstörungen vom Gegner ihren Ausgangspunkt nehmen. ¹²⁷⁾ Praktisch berührt dies den Lohnanspruch des Sportlers aber nicht, da in diesem Fall der sportliche Erfolg am "grünen Tisch" errungen wird und damit die Erfolgsprämie sichert.

123) z.B. Sportplatz entspricht nicht dem Reglement;

124) z.B. wegen Schäden in der Beschaffenheit der Spielfläche;

125) z.B. Mitwirken eines Spielers ohne verbandliche Genehmigung; diesen Fall müßte der Arbeitgeber sogar nach § 325 BGB vertreten.

126) z.B. Disqualifikation der gesamten Mannschaft wegen nachgewiesenem Doping eines Spielers;

127) z.B. Disqualifikation der gegnerischen Mannschaft, weil diese den Schiedsrichter beleidigte;

Findet ein Wettkampf aus Witterungsgründen nicht statt oder wird er aus diesem Grunde abgebrochen, so liegt ein Fall der Betriebsstörung gar nicht vor; die Erbringung der sportlichen Leistung wird lediglich verschoben, da der Wettkampf im Verlauf der jeweiligen Saison nachgeholt wird. Damit aber erbringt der Sportler die ursprüngliche Leistung auch tatsächlich in der Zeit, für die er seine Vergütung bezieht.

Angesichts der schlechten Finanzlage der meisten Vereine in den höchsten Ligen sei noch kurz auf die Frage des Wirtschaftsrisikos eingegangen. Wird die Leistung der Arbeit durch die Verschlechterung der Wirtschafts-, Auftrags- oder Finanzlage berührt, so gelten für die Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses die allgemeinen Vorschriften des BGB, d.h. jeder hat für seine finanzielle Leistungsfähigkeit einzustehen (§ 279 BGB). ¹²⁸⁾ Es wird mit Recht abgelehnt ¹²⁹⁾, auch diese Fälle des Wirtschaftsrisikos nach den Grundsätzen der Betriebsrisikolehre zu behandeln, so daß der Berufssportler auch vom finanziell in Nöte geratenen Arbeitgeber seine vereinbarte Vergütung fordern kann; allerdings wird in solchen Fällen aus Gründen der Loyalität oftmals auf einen Teil der Bezüge oder Handgelder verzichtet, wozu der Arbeitnehmer bei einer Gefährdung der betrieblichen Existenz aus seiner Treuepflicht gehalten ist.

Der Sport lebt vom Erfolg und damit vom Interesse der Zuschauer. Die finanzielle Abhängigkeit des Sports vom Erfolg schlägt sich in nachlassendem Zuspruch der Zuschauer bei Mißerfolgen nieder. Das Risiko des Erfolges trägt aber grundsätzlich der Arbeitgeber, da er den abhängigen Sportler unter seiner Leitung im Wettkampf einsetzt. Der Arbeitnehmer hat in Erfüllung

128) vgl. Schaub, a.a.O., S. 433;

129) BAG in AP Nr. 13 zu § 615 BGB "Betriebsrisiko";

seiner Arbeitspflicht lediglich "sein Bestes zu geben", aber nicht einen bestimmten Erfolg zu garantieren, was angesichts der vielen Imponderabilien im Sport auch gar nicht möglich ist. Die Ungewißheit des Erfolges zählt ja gerade zu den Wesensmerkmalen einer jeden Sportdisziplin, wobei die Ausnützung gegnerischer Schwächen, die eigene physische Stärke und Fertigkeit gepaart mit dem nötigen Glück zusammenwirken müssen. Lassen sich im allgemeinen Arbeitsleben die Arbeitsleistungen aufgrund fester Bezugsgrößen mit hinreichender Sicherheit bestimmen, so beeinflussen die verschiedensten Komponenten die sportliche Höchstleistung. Dem Fürsorgegedanken widerspräche es daher, den auf sportlichen Fehlleistungen beruhenden Mißerfolg dem Arbeitnehmer anzulasten. Die Addition der unverschuldeten oder leicht verschuldeten Niederlagen kann am Ende einer Saison den Abstieg aus einer Spielklasse zur Folge haben und dem Arbeitnehmer damit die Arbeitsleistung für die höhere Liga unmöglich machen. Diese Bilanz der sportlichen Mißerfolge kann dem Arbeitnehmer aus obigen Gründen aber ebensowenig zugerechnet werden wie die einzelne Niederlage.

In diesen Fällen des sportlichen Erfolges oder Mißerfolges geht es nicht um die Verteilung des Betriebsrisikos; denn auch bei einem eventuellen Ligaabstieg wird dem betroffenen Sportler die Leistung des sportlichen Einsatzes nicht unmöglich. Nachdem das Arbeitsverhältnis durch diese äußeren Umstände für beide Parteien in einem anderen Licht erscheint, stellt sich die Frage, ob der Inhalt oder gar der Bestand der vertraglichen Beziehungen den Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage unterliegt oder gar ein Grund zur außerordentlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses vorliegt.

Die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage ist heute ein allgemein anerkanntes Rechtsinstitut, dessen rechtliche Grundlage im Rechtsgedanken von Treu und

Glauben (§ 242 BGB) gesehen wird.¹³⁰⁾ Haben sich nämlich die äußeren Umstände derart geändert, daß es unbillig wäre, den betroffenen Vertragspartner an den bestehenden Vereinbarungen festzuhalten und konnten beide Parteien eine derartige Veränderung nicht voraussehen, so darf der Grundsatz "pacta sunt servanda" ausnahmsweise durchbrochen werden. Dies erfolgt entweder durch eine Angleichung der vertraglichen Leistungen oder durch das Recht zur außerordentlichen Kündigung.¹³¹⁾ Haben die Parteien jedoch Änderungen vorausgesehen oder waren bestimmte Entwicklungen voraussehbar und wurden diese in die beiderseitigen Erwägungen mit einbezogen, so kommt das Institut vom Wegfall der Geschäftsgrundlage überhaupt nicht zum Tragen.¹³²⁾ Der Sport bezieht seinen Reiz gerade aus der Ungewißheit des Erfolges. Sowohl der Arbeitgeber als auch der Arbeitnehmer im Sport müssen mit dieser Ungewißheit leben. Sie müssen daher auch diese Erwägungen in ihre Überlegungen beim Vertragsschluß mit einbeziehen, zumal es sich um eine durchaus voraussehbare Entwicklung handelt. Aus diesem Grunde können die Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage beim Abstieg aus einer Spielklasse nicht angewendet werden.

Bleiben mithin die getroffenen Vereinbarungen bestehen, so bedenken die Parteien den Eventualfall regelmäßig mit der Klausel einer auflösenden Bedingung (§ 158 Abs. 2 BGB). Erfolgt hingegen der Abstieg durch Lizenzentzug bzw. Strafversetzung wegen Verfehlungen oder finanzieller Mißwirtschaft der Vorstandschaft eines Vereins oder beantragt dieser freiwillig den Abstieg in eine klassentiefere Liga, so muß über § 162 Abs. 2 BGB

130) vgl. Larenz, Band I, S. 263; Erman, Handkommentar, Anm. 166 zu § 242 BGB m.w.N. auch auf die Rechtsprechung; siehe insbes. Fikentscher, Die Geschäftsgrundlage als Frage des Vertragsrisikos, S. 31 und 37;

131) über den Begriff der Geschäftsgrundlage vgl. Palandt, § 242 BGB Anm. 6;

132) BGH DB 1969, S. 833; WPM 1972, S. 656;

der Nichteintritt der Bedingung fingiert werden, d.h. der Vertrag mit dem Sportler besteht fort. Kann der Vertrag aber nicht erfüllt werden, weil er gar nicht erfüllt werden darf (z.B. Abstieg in die Amateurliga), so steht dem Spieler ein Schadensersatzanspruch aus nichterfülltem Vertrag (§ 325 BGB) zu.

Für diesen Fall und für den Fall, daß vertraglich für den eventuellen Abstieg überhaupt keine Vereinbarung getroffen wurde, stellt sich die Frage einer Lösungsmöglichkeit über die außerordentliche Kündigung. Gemäß § 626 Abs. 1 BGB kann ein Arbeitsverhältnis von jedem Vertragsteil außerordentlich gelöst werden, wenn Tatsachen vorliegen, unter denen nach Abwägung der beiderseitigen Interessen eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zugemutet werden kann.¹³³⁾ Das BAG¹³⁴⁾ legt die Vorschrift des § 626 BGB sehr restriktiv aus und läßt bestimmte Tatsachen nur dann für eine außerordentliche Kündigung genügen, wenn nach der subjektiven Einstellung des Kündigenden sein Vertrauen in eine ordnungsgemäße Vertragserfüllung durch den anderen Teil verloren gegangen oder erschüttert ist. Für den Arbeitgeber wurde ein Grund zur außerordentlichen Kündigung beispielsweise anerkannt bei wiederholter Bummellei, grober Beleidigung, Annahme von Schmiergeldern oder bei einem Verstoß gegen das Wettbewerbsverbot. Dem Arbeitnehmer wurde das Recht aus § 626 BGB zugebilligt bei erheblichen Lohnrückständen, beleidigenden Verdächtigungen einer Straftat oder wenn der Arbeitgeber sich weigert, seinen Pflichten nachzukommen. In allen diesen Fällen handelt es sich um Tatsachen, die von einer der Parteien in das personenbezogene Rechtsverhältnis eingeführt wurden und die Vertrauensbasis zumindest erschüttert haben. Im Sport stellt sich der Abstieg aus einer Spielklasse

133) zu dieser formelhaften Zusammenfassung der Voraussetzungen für § 626 BGB vgl. Hueck-Nipperdey, a.a.O., S. 582 m.w.N.; König RdA 1969, S. 8;

134) zur Rechtsprechung des BAG vgl. zusammenfassend Schaub, a.a.O., S. 543 ff;

als ein äußeres Ereignis mit Wirkung für alle Betroffenen dar; der Abstieg an sich ist regelmäßig keine Tatsache, die von einer der Parteien in die Rechtsbeziehung eingeführt wird und die Vertrauensbasis berührt. Es liegt vielmehr das Ergebnis vergeblicher Bemühungen zutage. Nur ausnahmsweise dort, wo der Abstieg auf besonderen Umständen wie z.B. absichtliches Herbeiführen einer Niederlage, Annahme von Bestechungsgeldern oder finanzieller Mißwirtschaft beruht, kann man die Vertrauensgrundlage als erschüttert ansehen und die Beendigung der arbeitsvertraglichen Beziehungen durch eine außerordentliche Kündigung nach § 626 BGB rechtfertigen.

4) Betriebliche Bußen und Strafen unter Beachtung ihrer rechtlichen Überprüfbarkeit

Im Streben nach optimaler Leistung sanktionieren Vereinsführungen oftmals ein Verhalten des Athleten, das mit dem erwarteten Verhalten eines Berufssportlers nicht übereinstimmt. So werden beispielsweise Geldstrafen oder gar vereinsinterne Spielverbote ausgesprochen, weil der Spieler die absolute Autorität des Trainers oder dessen Anweisungen mißachtet.¹³⁵⁾ Während Schadensersatzansprüche oder Strafen wegen schwacher sportlicher Leistungen einer Rechtsgrundlage entbehren bzw. ein schuldhafter Verstoß gegen die Arbeitspflichten meist nicht nachgewiesen werden kann, handelt es sich bei Sanktionen der hier erwähnten Art um Vereins- oder Betriebsstrafen für ein undiszipliniertes Benehmen im Rahmen des sportlichen Arbeitsverhältnisses. So werden z.B. Maßnahmen verhängt wegen unentschuldigtem Fernbleibens vom Training, Überschreiten der Ausgangssperre, verspäteten Erscheinens, Kritik an taktischen Traineranweisungen und ähnlichen "Verfehlungen". Über die Rechtfertigung einer derartigen

135) vgl. hierzu Pressenotizen in der Südd. Zeitung vom 26.2.76; 8.3.76; 22./23.5.76;

Privatrechtsordnung herrscht noch weitgehend Streit.

Das BAG hat mit Urteil vom 12.9.67 ¹³⁶⁾ die Verhängung von Betriebsbußen als "Ausfluß der autonomen Gewalt der Betriebspartner im Bereich des insoweit autonomen Betriebsverbandes" anerkannt, ohne die Frage nach der Rechtsgrundlage und das Verhältnis zur Vertragsstrafe zu erläutern.

Nach der von der herrschenden Meinung vertretenen "Satzungstheorie" ist die Betriebsbuße ein selbständiges, von der Vertragsstrafe zu unterscheidendes Rechtsinstitut. ¹³⁷⁾ Gegen diese Auffassung finden sich gewichtige Ansichten in der Literatur, die die Betriebsbuße lediglich als Vertragsstrafe akzeptieren. ¹³⁸⁾ Dies wird damit begründet, daß für die Betriebsbuße eine Rechtsgrundlage fehle, die Betriebsbuße den "Charakter einer Vertragsstrafe" habe, nichts gegen die Wertung als Vertragsstrafe spreche und überdies die Anwendbarkeit von § 343 BGB für die Überprüfung der Strafe als angenehme Folge empfunden wird. LIEB ¹³⁹⁾ lehnt sowohl die eine als auch die andere Auffassung ab, ohne eine eigene Lösung vorzuschlagen. Am geeignetsten scheint mir eine weitere Auffassung, wonach die gewohnheitsrechtlich anerkannte Betriebsbuße von der Vertragsstrafe zu trennen sei und als Ausfluß der Betriebsvereinbarung ein Rechtsinstitut eigener Art darstelle. ¹⁴⁰⁾

136) BAG Band 20, S. 79;

137) vgl. Herschel, Betriebsbußen, S. 26; Galperin, BB 1970, S. 933, 936; Meyer-Cording, NJW 1966, S. 225; Harbeck, AuR 1971, S. 173; Neumann, RdA 1968, S. 252; Fitting-Auffarth-Kaiser, Betriebsverfassungsgesetz, § 87 Anm. 18;

138) vgl. Leinemann, AuR 1970, S. 134 ff; Weitnauer in Festschrift für Reinhardt, S. 190, 192; Zöllner, ZZP 1970, S. 388; Luhmann, Betriebsjustiz und Rechtsstaat, S. 106; Horschitz, atypische Vertragsstrafen, NJW 1973, S. 1958 ff; Dietz-Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 87 Anm. 138;

139) Lieb, Schwerpunkte, S. 33/34;

140) Kammann, DB 1969, S. 2132 ff; Stadler, BB 1968, S. 801 ff; wohl auch Neumann, RdA 1968, S. 252;

Zunächst einmal sei festgestellt, daß die Kritiker der herrschenden Satzungstheorie lediglich das Argument von der "historischen Entwicklung" und der "gewohnheitsrechtlichen Anerkennung" nicht akzeptieren. Andererseits wird aber deutlich, daß ohne ausreichende Begründung der "Vertragsstrafencharakter" betont wird, um die Betriebsstrafen unter die Vorschriften der §§ 339 ff BGB subsumieren und insbesondere § 343 BGB anwenden zu können. Mit dieser vom Ergebnis her geführten Argumentation wird jedoch die unterschiedliche Zielsetzung und damit der verschiedenartige Wesensgehalt von Betriebsbuße und Vertragsstrafe verkannt. Die Vertragsstrafe dient nämlich als Druckmittel, um die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit aus einem Schuldverhältnis zu sichern¹⁴¹⁾ und dem Gläubiger den Beweis eines eingetretenen Schadens zu ersparen.¹⁴²⁾ Die Betriebsbuße hingegen hat pönalen Charakter und soll durch disziplinarische Maßnahmen bei Verstößen gegen Nebenpflichten die Ordnung im Betrieb aufrecht erhalten.

Vereinbarungen über Vertragsstrafen sind zwar auch im Arbeitsrecht zulässig, jedoch in erster Linie zur Sicherung der vertraglichen Arbeitsleistung im ganzen, sei es, daß der Arbeitnehmer zur Arbeitsaufnahme gehalten, sei es, daß er von der Arbeitseinstellung abgehalten oder daß er noch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses an der Arbeitsleistung für einen anderen Arbeitgeber durch ein gekoppeltes Wettbewerbsverbot gehindert werden soll.¹⁴³⁾ Wenn hingegen Verletzungen

141) Man kann das Wesen der Vertragsstrafe nicht mit der äußeren Form erklären (so aber Zöllner, ZZP 1970, S. 387); der Zweck als Merkmal jener Vereinbarung ergibt sich allein schon aus dem Wortlaut von § 339 BGB: "Zahlung einer Geldsumme für den Fall, daß er seine Verbindlichkeit nicht oder nicht gehörig erfüllt."

142) BGHZ Band 49, S. 89;

143) siehe zum Ganzen Löwisch, Vertragsstrafe und Betriebsstrafe im Arbeitsrecht, JUS 1970, S. 261;

der täglichen Arbeitspflicht mit Bußen bedroht werden, zielt die Vorstellung der Parteien auf eine geordnete Art und Weise der Leistungserbringung, um den Ablauf des betreffenden Betriebes optimal auszunützen und das Betriebsverhältnis zu disziplinieren. Außerdem stellen Verweis und Ausschluß von Vereinsveranstaltungen keine Leistung des Schuldners dar, wie sie das Strafversprechen enthalten muß (§ 342 BGB). Diese Ansicht findet ihre Stütze auch in § 888 ZPO, wonach mit Vertragsstrafe nicht belegt werden kann, was auch durch Zwangsvollstreckung nicht erreicht werden kann. Betriebsbußen und Vertragsstrafen sind daher zwei selbständige Rechtsinstitute, die streng auseinander gehalten werden müssen.

Die Rechtsgrundlage für die Betriebsbuße kann, wie schon das BAG ¹⁴⁴⁾ feststellte, nur in der Betriebsvereinbarung als Ausfluß autonomer Gewalt der Betriebspartner gesehen werden. Die Verhängung von Betriebsbußen wird somit erst durch einen zweiseitigen Akt zwischen Arbeitgeber und der kollektiven Vertretung der Arbeitnehmerschaft ermöglicht und gerechtfertigt.

Ergebnis: Die Betriebsbuße ist ein Rechtsinstitut eigener Art und von der Vertragsstrafe streng zu unterscheiden. ¹⁴⁵⁾

a) vom Arbeitgeber eines abhängigen Sportlers verhängte Strafen

Aus dem Wesensgehalt und der unterschiedlichen Zielsetzung der beiden genannten Rechtsinstitute wird deutlich, daß die gegenüber einem abhängigen Sportler regelmäßig verhängten Bußen keine Vertragsstrafen sind. Wenn § 4 des mit den Lizenzfußballspielern abgeschlosse-

144) BAG Band 20, S. 79;

145) vgl. Kammann, DB 1969, S. 2132 ff; Stadler, BB 1968, S. 801 ff;

nen Einheitsvertrages den Verein zur Festsetzung einer Vertragsstrafe im Rahmen des § 315 BGB ermächtigt, so handelt es sich hierbei um eine falsa demonstratio. Sicherlich sind auch im Arbeitsrecht Vereinbarungen über Vertragsstrafen zulässig, jedoch vor allem zur Sicherung der Arbeitsleistung im ganzen.¹⁴⁶⁾ Wenn hingegen im jeweiligen Einzelfall der Schwere des Verstoßes angemessene Maßregelungen oder Geldbußen vom Arbeitgeber verhängt werden, so dient dies allein zur Aufrechterhaltung der innerbetrieblichen Disziplin. Vereinsinterne Sperren oder empfindliche Geldstrafen sollen den betroffenen Sportler in Zukunft an die Einhaltung seiner vertraglichen Nebenpflichten wie z.B. pünktliches Erscheinen zum Training, Unterlassen abfälliger, übertrieben kritisierender Äußerungen oder Beachtung eines nächtlichen Ausgangsverbots ermahnen. Damit aber tritt der erzieherische Aspekt in den Vordergrund. Gegen die Annahme einer Vertragsstrafe spricht auch, daß die Strafen nicht automatisch mit dem Verstoß verwirkt sind, sondern unter Würdigung der gesamten Umstände im jeweiligen Einzelfall erst verhängt werden. Außerdem sind die vielfach vom Arbeitgeber ausgesprochenen ernsthaften Verwarnungen in den Vertragsstrafenregelungen der §§ 339 ff BGB nicht vorgesehen.

Die Verneinung einer Vertragsstrafe führt aber dort nicht zwangsläufig zur Annahme einer Betriebsbuße, wo ein Verein als Arbeitgeber des abhängigen Sportlers fungiert. Die in Erwägung zu ziehende Vereinsstrafe muß aber deshalb außer Betracht bleiben, weil nicht in der statuarischen, sondern der arbeitsrechtlichen Rechtsbeziehung eine Disziplinierung erfolgt.

Ergebnis: Bei den im abhängigen Sportbetrieb üblichen Maßregelungen handelt es sich um Betriebsbußen, die wegen fehlender Klarheit der Bußtatbestände und insbe-

146) siehe Löwisch, JUS 1970, S. 261;

sondere wegen einer mangelnden Rechtsgrundlage auf Bedenken stößt.

Gewöhnlich nehmen die Arbeitgeber eines Berufssportlers Rechte für sich in Anspruch, bei deren Ermessensausübung der Bereich der Willkür tangiert wird. In den meisten Fällen nämlich weiß der "Sünder" bei Begründung des Arbeitsverhältnisses gar nicht, welches Verhalten mit welcher Buße belegt wird, da jeweils nur von Fall zu Fall eine angemessene Strafe ausgesprochen wird. Nicht nur das strafrechtliche Prinzip "nulla poena sine lege" muß im Arbeitsleben sinngemäß Anwendung finden, sondern auch der Gedanke der Rechtssicherheit und Gleichbehandlung erfordern eine betriebsinterne Allgemeinregelung. So entschied sich das BAG ¹⁴⁷⁾ schon frühzeitig für die Zulässigkeit kollektivrechtlicher Einführungen von Betriebsbußordnungen durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung. ¹⁴⁸⁾ Die rechtswirksame Verhängung von Bußen setzt demnach neben einer wirksamen Bußordnung klar gefaßte Bußtatbestände, zulässige Strafen, ein ordnungsgemäßes Verfahren mit Gewährung des rechtlichen Gehörs voraus und bedarf der Zustimmung des Betriebsrates gemäß § 87 Abs. 1 Ziff. 1 BetrVerfG.

Vereinzelt haben Sportvereine den "Demokratisierungsprozeß" schon eingeleitet, indem zu Beginn einer Saison zusammen mit allen aktiven Wettkampfsportlern ein Strafenkatalog ausgearbeitet wird, den beide Parteien als verbindlich anerkennen. Aber selbst dort, wo alle Aktiven an der Erstellung des Bußkataloges beteiligt werden, stellt sich die Frage nach der Wirksamkeit dieser "Kollektivvereinbarung". Eine solche ist nämlich nur möglich zwischen dem Arbeitgeber

147) BAG in AP Nr. 1 zu § 56 BetrVerfG (1952) "Betriebsbuße";

148) vgl. dazu Nikisch, a.a.O., Band III, S. 417 mit weiteren Nachweisen;

einerseits und dem Betriebsrat andererseits.¹⁴⁹⁾
Wenn die Verhängung von Betriebsbußen der autonomen Gewalt der Betriebspartner entspringt und ihre Rechtfertigung nur in einem Tarifvertrag oder einer Betriebsvereinbarung gesehen werden kann,¹⁵⁰⁾ so genügt die Mitwirkung aller abhängigen Wettkampfsportler noch nicht zur Erstellung einer wirksamen Betriebsbußenordnung. Eine autonome Machtposition besitzt die Arbeitnehmerschaft nämlich nur dort, wo gesicherte Rechte existieren und diese Position der Stärke für ein ausgeglichenes Interessenverhältnis sorgt. Eine solche starke Stellung kommt lediglich dem Betriebsrat und den Gewerkschaften als kollektiven Vertretern zu. Nur ihnen räumen Betriebsverfassungsgesetz und Tarifvertragsgesetz eine unabhängige Stellung und damit autonome Gewalt ein. Allein Betriebsrat und Gewerkschaften sind daher berechtigt, im Wege einer Betriebsvereinbarung bzw. eines Tarifvertrages wirksame Betriebsbußenregelungen zu treffen. Dies bedeutet, daß sich auch bei unmittelbarer Mitwirkung aller betroffenen Arbeitnehmer jeder einzelne auf die Unwirksamkeit des erstellten Bußkataloges berufen kann.

Was die Verhängung der einzelnen Betriebsbußen anbelangt, so wird überwiegend angenommen, daß in jedem Einzelfall ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates bestehe,¹⁵¹⁾ das jedoch einem Ausschuß übertragen werden kann.¹⁵²⁾ Für den Berufssportler bedeutet dies, daß die Buße nicht einseitig durch den Vereinsvorstand oder einen bevollmächtigten Funktionär verhängt werden

149) auf überbetrieblicher Basis zwischen Gewerkschaft und dem Arbeitgeberverband oder zwischen Gewerkschaft und einzelnen Arbeitgebern, § 2 TVG;

150) vgl. BAG in AP Nr. 1 zu § 56 BetrVerfG 1952 "Betriebsbußen"; Kammann, DB 1969, S. 2132 ff; Nikisch, a.a.O., Band III, S. 417 m.w.N.;

151) BAG AP Nr. 1 zu § 56 BetrVerfG 1952 "Betriebsbuße"; AP Nr. 27 zu § 59 BetrVerfG; BAG AP Nr. 8 zu § 66 Personalvertretungsgesetz;

152) Erdmann/Jüring/Kammann, Kommentar zum BetrVerfG, § 87 Anm. 40;

kann, sondern nur ein Spelausschuß über die angeordnete Maßnahme befinden darf.

Beruhet die Rechtsbeziehung zwischen Verein und Sportler offiziell auf statutarischer Grundlage, während tatsächlich ein echtes Arbeitsverhältnis vorliegt, so kann die Verhängung von Vereinsstrafen nicht auf die freiwillige Unterwerfung unter die in den Statuten vorgesehenen Strafregeln gestützt werden. In dem Augenblick, wo der Sportler nicht mehr den gleichen Rechten und Pflichten unterliegt wie alle übrigen (echten bzw. reinen) Vereinsmitglieder, stellt sich die Vereinsstrafe als echte Betriebsbuße dar, deren Einführung und Verhängung eine kollektive Regelung erfordert.

b) vom Verband verhängte Strafen

Die Sportler sind als Mitglieder ihrer Vereine mittelbar in überregionalen Verbänden organisiert, deren Statuten zur Aufrechterhaltung eines disziplinierten Sportbetriebes regelmäßig auch Strafbestimmungen enthalten. Verhängt daher ein Verband ein befristetes Spielverbot oder eine Geldstrafe, so ist diese Vereinsstrafe ¹⁵³⁾ im Prinzip ¹⁵⁴⁾ rechtlich zulässig als nämlich die Statuten das autonome Recht der Personenvereinigung darstellen. Kann der Berufssportler aber aus steuerrechtlichen Gründen nicht Mitglied im Verein seines Arbeitgebers sein ¹⁵⁵⁾, so ist er auch nicht in dem strafenden Verband organisiert. Der DFB behilft sich für seine Lizenzspieler damit, daß er den einzelnen Berufsspieler vertraglich den Verbandsbestimmungen

153) Verbände sind in der Regel als privatrechtliche Vereine organisiert, ihre Strafen daher Vereinsstrafen.

154) wegen der Kollision mit Grundrechtsnormen siehe 5. Kapitel;

155) Wegen dieser Folge des Verlustes der Gemeinnützigkeit bestimmt § 10 LspSt nunmehr ausdrücklich das Verbot einer Mitgliedschaft während der Vertragsdauer.

und damit seinen Strafregelungen unterwirft ¹⁵⁶⁾. Mangels Mitgliedschaft im Verband kann die verhängte Strafe daher keine Vereinsstrafe sein; aber auch die Grundsätze über die Betriebsbuße scheiden aus, da der Lizenzfußballspieler zum Verband in keinem betriebsähnlichen Rechtsverhältnis steht solange er für seinen Verein sportliche Arbeit ausübt. Wenn der Sportler für seinen Verein Wettkämpfe bestreitet, so unterliegt er dabei nur dessen autonomer Betriebsgewalt, nicht jedoch einer betrieblichen Verbandsgewalt. Da diese aber vertraglich auf den lizenzierten Fußballer ausgedehnt wird, kann es sich hier nur um eine Vertragsstrafe eigener Art handeln. Zwar hat die zwischen dem DFB und dem Spieler vereinbarte Vertragsstrafe kaum Ähnlichkeit mit dem in § 339 BGB geregelten Typus; da jedoch ihre Legitimation auf einem vertraglichen Unterwerfungsakt beruht, stellt auch diese Vereinbarung eine "vertragliche Strafe" dar ¹⁵⁷⁾. Wird aber die Rechtsbeziehung zwischen dem Verband und dem Spieler durch einen privatrechtlichen Vertrag ausgestaltet, so gelten hierfür auch die Regeln der Privatrechtsordnung und nicht diejenigen der durch Statuten gegebenen autonomen Rechtsetzung der Vereine bzw. Verbände ¹⁵⁸⁾. Aus diesem Grunde muß durch eine allgemeine Inhaltskontrolle die Grenze der Vertragsfreiheit abgesteckt werden. Der in § 43 der DFB-Satzung enthaltene Strafenkatalog mit dem damit verbundenen Vereinsstrafverfahren wird aber dem Berufsfußballspieler - auf den die Statuten offenbar von Anfang an nicht zugeschnitten waren - nicht

156) vgl. § 1 des Einheitsvertrages zwischen Spieler und Verein und § 2 des Lizenzvertrages;

157) so auch Preis, a.a.O., S. 93; Böttcher, ZFA 1970, S. 6/7; Westermann, NJW 1973, S. 2210 in Anmerkung zum Urteil des OLG Frankfurt NJW 1973, S. 2208;

158) vgl. Urteil des OLG Frankfurt vom 25.4.73, MDR 1973, S. 929, 930; a.A. Schlosser, Vereins- und Verbandsgerichtsbarkeit, S. 77 bis 80; und Baumann, Die Vereinsstrafgewalt des DFB, S. 42;

gerecht. Es widerspräche nämlich den Grundsätzen der Billigkeit und Vertragsgerechtigkeit, würde ein Verband mit Monopolstellung durch privatrechtliche Vereinbarung eine berufliche Existenz ermöglichen, die durch gleichzeitig vereinbarte Unterwerfung unter die Verbandsstatuten durch autonomes Recht wieder beseitigt werden könnte ¹⁵⁹⁾.

An dieser Stelle taucht die viel grundsätzlichere Frage auf, ob ein Verband auf vertraglicher Basis ein System schaffen kann, das in seiner Auswirkung starke Parallelen zu der in anderen Bereichen gesetzlich begründeten Berufsgerichtsbarkeit zeigt. Ärzte und Rechtsanwälte beispielsweise unterliegen aufgrund von Zwangsmitgliedschaft in ihren Standesorganisationen einer speziellen Gerichtsbarkeit, die sich aus gesetzlichen Befugnisnormen ableitet ¹⁶⁰⁾ und im Einklang mit Art. 92 GG und 101 GG steht ¹⁶¹⁾. Der Lizenzfußballspieler unterwirft sich mehr oder minder zwangsweise durch Vertrag der Gerichtsbarkeit seines monopolistischen Sportverbandes. Dieses System der Disziplinargewalt läßt sich nicht aus einer gesetzlichen Befugnisnorm ableiten, sondern wurde vom Verband selbst geschaffen; er verleiht sich somit selbst das Recht, in die sportberuflichen Belange des Vertragspartners

159) vgl. OLG Frankfurt, MDR 1973, S. 929, 930 und Bruder, Keine Vereinsstrafgewalt des Deutschen Fußballbundes? MDR 1973, S. 897;

160) Zur Gesetzgebungskompetenz der Länder und Übertragung der Berufsgerichtsbarkeit auf die Standesorganisationen für Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte und Apotheker in den einzelnen Bundesländern vgl. Nachweis bei Krahn, Grundfragen der ärztlichen Berufsgerichtsbarkeit, S. 2 - 5; für Rechtsanwälte, siehe § 92 Bundesrechtsanwaltsordnung;

161) vgl. Bundesverfassungsgericht Band 4, 74, 92; 10, 200, 214; 14, 56, 66; 18, 241, 253; 26, 241, 253; 27, 312, 320; und Maunz-Dürig-Herzog, § 92 Rdn. 129;

maßregelnd und disziplinierend einzugreifen. Was auf den ersten Blick als bedenkliche - da privatrechtlich geschaffene - Berufsstrafgewalt erscheint, läßt sich dennoch rechtfertigen, wenn man unter Verwendung der Grundthese dieser Untersuchung Sport und Arbeit in zwei selbständige Bereiche trennt.

Dem Sport ist aufgrund seiner kämpferischen Komponente eine gewisse Selbstdisziplinierung immanent. Nur bei Einhaltung der Grundprinzipien läßt sich ein fairer und ordnungsgemäßer Sportbetrieb aufrecht erhalten. Ein Verband muß es sich daher zur Aufgabe machen, die Einhaltung dieser Grundregeln zu überwachen und Verstöße zu ahnden. Der reine Amateur unterwirft sich dieser Disziplinargewalt durch seinen Eintritt in einen Verein, der aufgrund des Organisationsaufbaus letztlich in den Spitzenverband eingegliedert ist. Der Berufssportler übt zwar die gleich disziplinimmanente Tätigkeit aus, kann aber aus steuerrechtlichen Gründen nicht Mitglied seines Vereins sein und würde damit keiner Disziplinargewalt unterstehen. Diese Lücke gilt es zu schließen.

Der reine Amateur und der bezahlte Hochleistungs- oder Berufssportler üben eine in ihrem Wesensgehalt gleichgeartete Tätigkeit aus; lediglich der Umfang differenziert. Wenn daher die sportliche Tätigkeit als solche mit ihren spezifischen Elementarregeln einer Sportgerichtsbarkeit unterworfen wird, so handelt es sich gerade nicht um eine Berufsgerichtsbarkeit, sondern eine sportspezifische Disziplinierung eigener Art. Nachdem die tatbestandlichen Voraussetzungen weder der Vertragsstrafe im Sinne von §§ 339 ff BGB, der Vereinsstrafe, noch der Betriebsbuße im Verhältnis zwischen Verband und Lizenzspieler vorliegen, mußte die Disziplinierungslücke durch einen Vertrag geschlossen werden, durch den die statutarischen Vorschriften auch gegenüber einem Nichtmitglied gelten

können. Im allgemeinen Arbeitsrecht ist es heute oftmals üblich und zulässig, den tariflichen Vorschriften durch einzelvertragliche Abrede auch gegenüber einem nicht organisierten Arbeitnehmer Geltung zu verschaffen. Die statuarische Sportstrafgewalt kraft einzelvertraglicher Unterwerfung ist deshalb eine Vertragsstrafe eigener Art und mit der gesetzlich begründeten Berufsgerichtbarkeit nicht auf einer Ebene einzuordnen.

Für die Notwendigkeit von Strafen zur Aufrechterhaltung der sportlichen Disziplin müssen die Strafgrößen jedoch dort gezogen werden, wo die Strafwirkung bereits in eine Gefährdung der beruflichen Existenz überzugehen droht.

c) gerichtliche Überprüfung der Sanktionen

Betriebsbußen

Einigkeit herrscht heute darüber, daß zur Verhinderung von Willkürakten und offenbaren Unbilligkeiten die verhängten Sanktionen einer gewissen richterlichen Kontrolle zugänglich sein müssen. Ein Großteil der Literatur ¹⁶²⁾ will die Nachprüfung allerdings darauf beschränken, ob die Bußordnung wirksam zustande kam, ein Verstoß durch den Arbeitnehmer vorliegt, die verhängte Strafe vorgesehen ist und die Verfahrensgrundsätze eingehalten wurden. Da die vereinbarte Bußordnung aber nicht den Ausschluß staatlicher Gerichtsbarkeit beinhaltet ¹⁶³⁾, muß in Anwendung von Art. 19 Abs. IV GG vom Arbeitsgericht auch die Frage überprüfbar

162) Nikisch, a.a.O., Band III, S. 420 m.w.N.; Neumann-Duesberg, Betriebsverfassungsrecht, S. 495;

163) Schaub, a.a.O., S. 225/226;

sein, ob der Bußtatbestand verwirkt und die im Einzelfall verhängte Strafe angemessen ist ¹⁶⁴⁾. Dieser umfassendere Rechtsschutz wird insbesondere dann verständlich, wenn bei einer Staffelung der Strafen je nach der Schwere die Subsumtion unter einen unbestimmten Rechtsbegriff Raum für Willkürmaßnahmen läßt, die den Arbeitnehmer regelmäßig in seiner wirtschaftlichen Existenz berühren. Der Arbeitnehmer hat eine einfache Feststellungsklage zu erheben, wenn eine Verwarnung oder ein Verweis ausgesprochen wurden; bei einer Geldbuße muß er vor Abzug eine negative Feststellungsklage, nach Abzug eine Leistungsklage auf Zahlung des Lohnes erheben.

Vereinsstrafen

Im Gegensatz zur kollektiven Betriebsbußenvereinbarung unterwirft sich ein Vereinsmitglied den Statuten samt Strafvorschriften durch freiwilligen, persönlichen Beitritt in diese Personenvereinigung. Da sich die Mitglieder zur Verfolgung eines gemeinsamen Zieles in einem Verein zusammengeschlossen haben, sind sie auch berechtigt, ihre internen Angelegenheiten autonom zu regeln. In Erkenntnis einer einseitigen Machtverteilung zu Lasten des Individuums durch Vereinsakte gelangten Rechtsprechung und Literatur ¹⁶⁵⁾ zur Überprüfbarkeit statuarischer Rechtsgrundlagen und des ordnungsgemäßen Verfahrens; darüberhinaus darf der Vereinsakt weder gegen Gesetz oder gute Sitten verstoßen,

164) BAG in AP Nr. 1 zu § 56 Betriebsverfassungsgesetz 1952 "Betriebsbuße"; Galperin, BB 1970, S. 938; insoweit besteht im Ergebnis Einigkeit zwischen den Vertretern der herrschenden Satzungstheorie und den Anhängern der Vertragstheorie, wenngleich diese die Überprüfbarkeit auf § 343 BGB stützen.

Darüberhinaus muß das Arbeitsgericht auch die Möglichkeit haben, im Wege einer allgemeinen Billigkeitskontrolle gem. § 242 BGB den Inhalt der Bußordnung zu überprüfen.

165) BGHZ Bd. 13, S. 5; 21, S. 370; 29, S. 352, 354; 36, S. 105, 109; BGH JZ 1967, S. 30 ff; BGH MDR 1967, S. 908; BGH NJW 1972, S. 1892; Ermann/Westermann BGB Handkommentar, Anm. 6 zu § 39; Palandt, a.a.O., Anm. 4b und 5a; Meyer-Cording, die Vereinsstrafe, S. 112;

noch der Billigkeit widersprechen. Lassen sich die Äußerlichkeiten des Verfahrens noch leicht von den ordentlichen Gerichten überprüfen, so mündet die Frage der offenbaren Unbilligkeit in eine Analyse der Ermessensentscheidung des Vereins. Erkennt das Gericht einen Ermessungsmissbrauch ¹⁶⁶⁾ oder eine Ermessungsüberschreitung ¹⁶⁷⁾, so stellt es lediglich die Ungültigkeit des Strafanspruches fest ohne ihn abzuändern, da die ordentlichen Gerichte nicht Berufungsinstanzen gegenüber den Vereinsorganen sind ¹⁶⁸⁾. Um aber einer derartigen Kontrolle durch staatliche Gerichte zu entgehen, versuchen vor allem große Verbände durch Satzungsbestimmungen den staatlichen Rechtsweg ganz auszuschließen, was insbesondere bei Monopolverbänden nicht mit § 138 BGB in Einklang zu bringen ist. Die Rechtsprechung ¹⁶⁹⁾ hat jedoch schon frühzeitig derartige Bestimmungen für nichtig erklärt und vor allem im Vereinsrecht auf die Wahrung der sozialen Gerechtigkeit geachtet. Steht den Parteien jedoch nach den Statuten ein Schiedsgerichtsverfahren im Sinne von

166) willkürliche, unsachgemäße Motive für eine Vereinsstrafe;

167) Verfolgung von Motiven, die jenseits der Vereinskompetenz liegen und nach dem Verbandszweck gar nicht erfaßt werden;
Schlosser, MDR 1967, S. 884, 887 will die richterliche Überprüfungsbefugnis aber gerade dort enden lassen, wo der Ermessensbegriff beginnt;

168) Meyer-Cording, a.a.O., S. 102; a.A. und damit weitergehend, Schlosser, Vereins- und Verbandsgerichtsbarkeit, Bd. I, S. 1369: § 315/343 BGB sind auch auf Vereinsstrafen anwendbar;

169) BGH Band 36, S. 105 ff, 109; 29, S. 352, 354; beide Entscheidungen beziehen sich auf das grundlegende Urteil des RGZ Band 80, S. 189, 190;

§ 1025 ff, § 1048 ZPO zur Verfügung, dann kann bei einer Anrufung der ordentlichen Gerichte die Einrede des Schiedsvertrages geltend gemacht werden. Allerdings können Satzungen die Schiedsgerichtsbarkeit nur für Streitigkeiten über Rechtsverhältnisse anordnen, die Gegenstand statuarischer Bindung sind ¹⁷⁰⁾. Außerdem kann eine sittenwidrige Knebelung darin begründet liegen, daß der Verband eine Monopolstellung besitzt und ohne Zugehörigkeit zum Verband auf diesem Fachgebiet überhaupt keine Geschäfte getätigt werden können. Diese Bedenken spielen bei den Ausführungen über Sportverbände und -Vereine aber insofern keine Rolle, als Vereinsstrafen nur in Idealvereinen ausgesprochen werden können, wo der Sportler noch nicht in abhängiger Stellung als Arbeitnehmer tätig wird ¹⁷¹⁾ bzw. wo die statuarischen Strafbestimmungen nicht durch Vertrag auf Nichtmitglieder ausgedehnt wurden ¹⁷²⁾. Mit anderen Worten: Die Vereinsstrafe und ihre gerichtliche Überprüfbarkeit durch ordentliche Gerichte oder Schiedsgerichte kann im Rahmen dieser Untersuchung lediglich beim echten Amateursport, d.h. beim Breitensport Anwendung finden.

Vertragsstrafen

Verhängt ein Sportverband eine Spielsperre oder Geldstrafe gegen einen Sportler, der nicht in dieser Körperschaft organisiert ist, sondern sich durch Einzelvertrag den geltenden Statuten einschließlich der Strafnormen unterworfen hat, so liegt keine Vereinsstrafe vor, sondern eine vertragliche Strafe.

170) Baumbach-Lauterbach, § 1048 Anm. 3

171) andernfalls gilt die Regelung über die Betriebsbußen;

172) andernfalls gilt die Regelung über die Vertragsstrafen;

Es bedarf daher gar nicht der Bestrebungen, die "Vereinsstrafe" über den Weg einer allgemeinen Inhaltskontrolle zu eliminieren oder durch rechtsethische Vergleichbarkeit mit der Vertragsstrafe der erweiterten Inhaltskontrolle der §§ 315, 343 BGB zu unterwerfen ¹⁷³⁾, denn die "Vereinsstrafe" ist eine Vertragsstrafe, wenngleich abweichend vom Typus der §§ 339 ff BGB ¹⁷⁴⁾. Als unechte Vertragsstrafe im Sinne von § 343 Abs. 2 BGB stellt sie ein selbständiges, nicht akzessorisches Strafversprechen dar, "weil sich der eine Vertragspartner einer Strafe für den Fall unterwirft, daß er eine Handlung vornimmt bzw. unterläßt" ¹⁷⁵⁾. Die Vereinbarung dieses selbständigen Strafgedinges erfolgt, um Zuwiderhandlungen gegen Gebote oder Verbote zu ahnden und wird daher von den Betroffenen auch als Unrechtsfolge empfunden. Die Nichtakzessorietät des Strafversprechens folgt daraus, daß es nicht dazu bestimmt ist, die Erfüllung echter Rechtsverbindlichkeiten zu sichern ¹⁷⁶⁾. Zur richterlichen Überprüfung der unechten Vertragsstrafe bedarf es daher keiner Erweiterung der in Rechtsprechung und Literatur herrschenden Ansicht zur Vereinsstrafe; vielmehr fordert das Gesetz selbst die Kontrolle der Strafabrede in den §§ 134, 138 BGB, während die Schranken der Rechtsausübung in § 343 BGB enthalten sind.

173) vgl. hierüber Beuthin, Die richterliche Kontrolle von Vereins- und Verbandsstrafen, BB 1968, Beilage zu Heft 33, S. 11; Schlosser, Vereins- und Verbandsgerichtsbarkeit, Band I, S. 1369; Bötticher, ZFA 70, S. 45;

174) so wohl auch Westermann, NJW 1973, S. 2210 in Anmerkung zu OLG Frankfurt, NHW 1973, S. 2209;

175) Bötticher, a.a.O., S. 7;

176) Bötticher, a.a.O., S. 17;

Bei der Festsetzung privater Strafen und Disziplinarmaßnahmen hat das Verfahren die rechtsstaatlichen Grundsätze wie rechtliches Gehör, ne bis in idem, Zuständigkeit des Organs und den Grundsatz der Beschleunigung einzuhalten. Die Beachtung jener Grundsätze ist richterlich voll nachprüfbar, jedoch muß im einzelnen hierzu keine Stellung genommen werden, da sich die Sportgerichtsbarkeit der Verbände in der Form weitgehend an die Grundsätze der staatlichen Gerichtsbarkeit anlehnt. Im materiellen Bereich umfaßt die gerichtliche Überprüfung drei Stufen, die als Tatsachen-, Subsumtions- und Strafzumessungskontrolle bezeichnet werden können ¹⁷⁷⁾.

Soll ein Berufssportler aufgrund einer nachweisbar falschen Tatsachenentscheidung ¹⁷⁸⁾ eines Schiedsrichters bestraft werden, so gebietet gerade die Beeinträchtigung seiner beruflichen Sphäre eine gerichtliche Überprüfung. ¹⁷⁹⁾.

Schwieriger begründen läßt sich eine Subsumtionskontrolle, wenn es gilt, pauschale Begriffe wie "unsportliches Verhalten" durch eine bestimmte Wettkampfhandlung zu konkretisieren. Auch in anderen Sozialbereichen steht der Richter vor der schwierigen Aufgabe, unbestimmte Rechtsbegriffe auszufüllen bzw. zu überprüfen. Es liegt aber nahe, hier einen unüberprüfbaren Beurteilungsspielraum anzunehmen, da sich die jeweilige Situation nicht nachvollziehen läßt.

177) vgl. hierzu Preis, a.a.O., S. 98;
zur Strafzumessungskontrolle siehe die obigen
Ausführungen zur Vertragsstrafe, S. 199, 200;

178) z.B. Verwechslung zweier Spieler;

179) so Preis, a.a.O., S. 99; Horschitz, Vereinsstrafe - Betriebsstrafe - Vertragsstrafe, dargestellt am Beispiel des deutschen Lizenzfußballspielers, jur. Dissertation, S. 144;

- d) Der Zugang zum ordentlichen Rechtsweg und die Einrede des Schiedsvertrages.

Mit dem Ergebnis einer weitgehenden inhaltlichen Kontrolle der verhängten Vertragsstrafen stößt man an die vielerörterte Frage, bei welchen Gerichten dieser Rechtsschutz zu suchen ist. Privatstrafvereinbarungen unterliegen gewöhnlich einer Überprüfung durch die ordentlichen Gerichte, jedoch wird dieser Rechtsweg vielfach mittels einer Schiedsabrede verschlossen (§ 274 Abs. 2 Nr. 3 ZPO). Das Gebaren großer Sportverbände als Staat im Staate ¹⁸⁰⁾ wollte man aber nicht hinnehmen und meldete Bedenken gegen die Gültigkeit der Schiedsverträge an, um bei Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung den staatlichen Rechtsschutz gewähren zu können ¹⁸¹⁾. Eine Erörterung dieses umfangreichen Problems würde den Rahmen dieser Untersuchung sprengen. Es sei deshalb erlaubt, auf einige zu diesem Thema erschienene Publikationen hinzuweisen ¹⁸²⁾.

180) so Schlosser, Prozessuale Fragen um den privatrechtlichen Vereinsverwaltungsakt, MDR 1967, S.884;

181) vgl. Preis, a.a.O., S. 110/111; Vollmer, Satzungsmäßige Schiedsklauseln, S.132/133;

182) Truog, Das Schiedsgericht in privatrechtlichen Angelegenheiten, Jur. Dissertation, a.a.O., Vollmer, Satzungsmäßige Schiedsklauseln a.a.O., Kessler, Schiedsgerichtsvertrag und Schiedsverfahren, a.a.O., Niklisch, Verbandsmacht und einstweiliger Rechtsschutz a.a.O., derselbe, Schiedsgerichtsklauseln und Gerichtsstandsvereinbarungen in Verbandssatzungen, BB 1972, S. 1285 ff; Preis, a.a.O., S. 104 ff; Krause-Ablass, Der Schiedsrechtsweg der internationalen Fußballförderung (FIFA), NJW 1974, S. 1495 ff; Kornblum, Grundproblem des Rechts der privaten Schiedsgerichtsbarkeit, JA 1973, S. 1 ff; Schlosser, Vereins- und Verbandsgerichtsbarkeit a.a.O.;

5) Werbung und Persönlichkeitsrecht

Der Spitzensportler steht im Rampenlicht der Öffentlichkeit und präsentiert sich damit als hervorragender Werbeträger für die Industrie. Diese wirtschaftlichen Vorteile und Auswertungsmöglichkeiten des einzelnen Berufssportlers kollidieren aber bisweilen mit den Interessen des Arbeitgeber-Vereins. Dieser ist nämlich seinerseits darauf bedacht, die Werbekraft seiner Mannschaft auszunutzen, indem er sich das Auftreten der abhängigen Sportler mit Sportgeräten einer bestimmten Marke oder in Trikots mit einer bestimmten Firmenaufschrift von den betreffenden Firmen honorieren läßt. Vor allem bei Ausrüstungsverträgen mit Sportartikelfabrikanten spielt neben der "Finanzspritze" für den Verein auch noch eine Rolle, daß sämtliche Mannschaften, insbesondere der talentierte Nachwuchs, kostenlos das nötige Ausrüstungsmaterial zur Verfügung gestellt bekommen. In jedem Fall setzt das natürlich voraus, daß der Aktive auch bereit ist, im Interesse seines Vereins als Werbeträger zu fungieren.

Besteht eine vertragliche Verpflichtung gegenüber dem Arbeitgeber, zu dessen Gunsten Firmenreklame zu betreiben - und sei es nur durch die indirekte Pflicht, die vereinsseitig gestellte Sportkleidung zu benutzen - so begibt sich der einzelne Sportler der Möglichkeit einer unbeschränkten individuellen Verwertung seiner persönlichen Werbewirksamkeit. Vor allem im Rad- und Motorsport besteht der Hauptzweck des Arbeitsverhältnisses in der Popularisierung eines bestimmten Produktes. In anderen Sparten des Berufssports wird lediglich als Nebeneffekt für einen Artikel geworben, der vielfach in einem inneren Zusammenhang zur entsprechenden Sportdisziplin steht. Auch dann, wenn der

Sportler gegenüber seinem Arbeitgeber vertraglich verpflichtet ist, Spielkleidung mit bestimmter Werbeaufschrift oder Schuhe einer bestimmten Marke zu tragen, so schließt dies nicht aus, daß er im privaten Bereich für diverse Konsumgüter des täglichen Lebens wirbt¹⁸³⁾, sofern es sich dabei um keine Konkurrenzzeugnisse handelt, für die er dem Verein bzw. der Firma zu werben verpflichtet ist. Sofern die direkte oder indirekte Werbung¹⁸⁴⁾ für ein Produkt nicht zu den vertraglichen Hauptpflichten zählt¹⁸⁵⁾, ist der Arbeitnehmer aus seiner Treuepflicht heraus gehalten, Nebentätigkeiten zu unterlassen, soweit der Arbeitgeber daran ein berechtigtes Interesse hat¹⁸⁶⁾. Anders ausgedrückt: Der Arbeitgeber darf ein Verbot für Nebentätigkeiten nur insoweit aussprechen bzw. aufrechterhalten, als sonst die Erfüllung der vertraglichen Pflichten oder der eigene Dienstbetrieb beeinträchtigt würden¹⁸⁷⁾. In unserem Fall kann der Arbeitgeber dann ein Interesse an der Unterlassung von Nebentätigkeiten geltend machen, wenn die sportlichen Leistungen darunter leiden oder bei Empfehlung von Konkurrenzprodukten die Vertragspartner des Arbeitgebers (Industriefirmen) mangels Glaubwürdigkeit den Ausstattungsvertrag bzw. den gewährten Finanzausschuß nicht erneuern. Letztlich dürfte dieses Problem aber meist theoretischer Natur sein, da die Empfehlung eines Produkts nur dann glaubwürdig erscheint, wenn es von dem Empfehlenden auch

183) z.B. für Benzin, Schokolade, Suppen oder Bügelautomaten;

184) z.B. durch bloße Benutzung;

185) bei vertraglicher Hauptpflicht ergibt sich ein Nebentätigkeitsverbot für Konkurrenzzeugnisse bereits aus der Vertragsklausel;

186) vgl. Schaub, a.a.O., S. 192;

187) BAG AP Nr. 60 zu § 626 BGB;

benutzt wird. Bei einem Sportler, der im Rampenlicht steht und folglich die kritischen Augen der Öffentlichkeit auf sich gerichtet sieht, werden Benutzung und Empfehlung regelmäßig für ein bestimmtes Erzeugnis zusammentreffen.

Aber auch dort, wo die Werbepflicht zugunsten des Arbeitgebers nur dem Grunde nach fixiert wurde ¹⁸⁸⁾, ergeben sich für den Arbeitgeber Grenzen aus der Fürsorgepflicht und dem Persönlichkeitsrecht des einzelnen Arbeitnehmers. Es widerspräche nämlich den Grundrechten aus Art. 1 und 5 GG, wenn mit der "Werbung am Mann" in unzumutbarer Weise in persönliche Bereiche des Arbeitnehmers eingedrungen würde. So kann sich der abhängige Sportler trotz vertraglicher Werbepflicht weigern, in einer Spielkleidung aufzutreten, deren Aufschrift ein Sexualtonikum oder eine bestimmte politische Partei propagiert. Daß es zu derartigen Auswüchsen nicht kommt, dafür sorgen allerdings schon die Sportverbände, unter deren Aufsicht den Vereinen Grenzen gesetzt werden.

Vielfach besteht aber keine vertragliche Abrede zwischen Sportler und Verein über Werbung mittels der Sportkleidung, vielmehr erwartet man vom Arbeitnehmer die widerspruchslose Hinnahme der vom Arbeitgeber verfüzten Weisungen. In der Praxis wird sich der Berufssportler einer Werbung mit seiner Person nicht entziehen, da er weiß, daß die Werbeeinnahmen dem Verein die Bezahlung seiner Bezüge ermöglichen. Diese Anordnungen gehen jedoch über das Direktionsrecht hinaus, da dessen Grenzen dort liegen, wo die arbeitsrechtliche

188) z.B. Spielkleidung wird vom Verein gestellt;

Verpflichtung aus dem Arbeitsvertrag endet. Der Leistungsrahmen umfaßt nämlich nur das Tragen einer für den Sportbetrieb notwendigen Spielkleidung, beispielsweise Trikots einer einheitlichen Farbe. Die Treuepflicht gebietet es dem Sportler zwar, keine Reklame gegen den Arbeitgeber zu betreiben, jedoch entspringt daraus keine positive Pflicht zur Werbung für den Arbeitgeber. Dies bedeutet, daß der Verein seinen Berufssportler zwar die Farbe der Spielkleidung vorschreiben kann, sie aber nicht zum Tragen spezieller Sportschuhe oder eines Trikots mit bestimmter Firmenaufschrift zwingen kann.

Auf der anderen Seite ist der Verein als Arbeitgeber meist auf die Finanzmittel der werbenden Firma bzw. die kostenlose Ausrüstung seiner sämtlichen Mannschaften¹⁸⁹⁾ angewiesen und muß darauf bedacht sein, einen Vertragsbruch der werbenden Industriefirma gegenüber zu vermeiden. Damit aber stehen den Individualinteressen des einzelnen Spielers die Gesamtinteressen des Vereins gegenüber¹⁹⁰⁾.

Aufgrund des Arbeitsvertrages ist der abhängige Sportler konkludent verpflichtet, zumindest im Wettkampf das vom Arbeitgeber gestellte einheitliche Sportdress zu tragen. Solange dadurch die Unterscheidung von Wettkämpfen oder Mannschaften erreicht werden soll, genießt das Sportdress eine neutrale Funktion und berührt daher nicht die Belange des Sportlers.

189) dies ist besonders wichtig für die Jugendförderung;

190) vgl. Urteil des Arbeitsgerichts Essen, BB 1966, S. 861: In diesem Fall wurde festgestellt, daß das Verbot einer "Beatlefrisur" zwar das Grundrecht aus Art. 2 GG einschränkt, dies aber durch ein Überwiegen entgegenstehender Interessen (Schutz vor Unfallgefahr) gerechtfertigt sein kann; denn wer eine vertragliche Bindung eingeht, muß auf das Recht aus Art. 2 GG teilweise verzichten. Schwenk, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers, NJW 1968, S. 822 ff;

Wenn aber durch Firmen- oder Werbeaufschriften ein zusätzlicher Effekt erstrebt wird, so stellt sich die Frage, ob der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung gemäß § 273 BGB zurückbehalten kann?

Nach herrschender Meinung ¹⁹¹⁾ steht dem Arbeitnehmer ein solches Recht grundsätzlich zu, insbesondere, wenn der Arbeitgeber seiner Fürsorgepflicht nicht nachkommt ¹⁹²⁾. Zur allgemeinen Fürsorgepflicht des Arbeitgebers zählt es, die Interessen des Arbeitnehmers bei allen ihn berührenden Maßnahmen in zumutbarer Weise zu berücksichtigen. Der Arbeitgeber hat daher beim Abschluß von Werbeverträgen darauf zu achten, daß weder der Name der Firma noch des Produktes die Belange des Arbeitnehmers verletzt ¹⁹³⁾ oder diesen gar in privatrechtliche Schwierigkeiten bringt ¹⁹⁴⁾. Nachdem das Zurückbehaltungsrecht aus § 273 BGB aber unter dem Vorbehalt von Treu und Glauben (§ 242 BGB) steht ¹⁹⁵⁾, darf an die Zumutbarkeit kein enger Maßstab angelegt werden. Dies bedeutet letztlich, daß der Arbeitnehmer auch zum Tragen von Sportkleidung mit Firmen- oder Werbeaufschrift verpflichtet ist und nur in Ausnahmefällen seine Arbeitsleistung gemäß § 273 BGB zurückbehalten kann.

191) zu den einzelnen Nachweisen vgl. Schaub, a.a.O., S. 168, Anmerkung 5;

192) Nipperdey-Mohnen-Neumann, a.a.O., § 611, Anmerkung 135;

193) z.B. Werbung für nach allgemeiner Verkehrsauffassung unmoralische Produkte; oder durch die Art der Werbung darf der einzelne Spieler nicht lächerlich gemacht werden;

194) z.B. würden Spieler, welche bereits mit Konkurrenzfirmen Repräsentationsverträge abgeschlossen haben, Gefahr laufen, vertragsbrüchig zu werden;

195) vgl. Palandt § 273 Anm. 5 m.w.N.

Der Leistungsrahmen eines Arbeitsverhältnisses läßt sich über das Gesetz hinaus nur durch Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder Einzelarbeitsvertrag, also durch zweiseitiges Übereinkommen ausweiten. Dies bedeutet, daß mit der notwendigen Einverständniserklärung des einzelnen Spielers die Pflichten aus dem Arbeitsvertrag neu fixiert werden müssen. Nachdem alle Mannschaftsmitglieder gleichmäßig von der Werbepflicht betroffen werden, eine entgegenstehende Absprache nicht existiert und sich der bezahlte Spitzensportler nicht gegen die berechtigten Interessen seines Arbeitgebers stellen darf, kann die Ausdehnung des Leistungsrahmens auch durch eine Kollektivregelung in Form einer Betriebsvereinbarung ¹⁹⁶⁾ zwischen dem Arbeitgeber und dem Betriebsrat erfolgen, deren normativer Wirkung dann alle Betriebsmitglieder unterstehen. In jedem Fall bedarf es zur Erweiterung der Leistungspflicht einer zusätzlichen Abrede über den bestehenden Arbeitsvertrag hinaus; die Grenzen der Zumutbarkeit werden auch hier wieder von den Grundrechten der Artikel 1, 2, 5 GG gezogen ¹⁹⁷⁾.

Das starke öffentliche Interesse am allgemeinen Sport und speziell an herausragenden Leistungen des Spitzensports führt zwangsläufig zu dem Versuch von Arbeitgeber und Arbeitnehmer, mit Hilfe der Massenmedien Presse, Funk und Fernsehen wirtschaftlichen Nutzen aus der persönlichen Berühmtheit des abhängigen Leistungssportlers zu ziehen. Wenn ein Berufszweig von der breiten Öffentlichkeit "lebt" und dementsprechende Öffentlichkeitsarbeit betreibt, so lassen sich Privatbereich und Berufswelt nur schwer trennen. Dies mag die Ursache dafür sein, daß Firmen oder Sportvereine

196) siehe § 88 Betriebsverfassungsgesetz;

197) Zu den Grenzen der Kollektivgewalt vgl. statt vieler: Dietz-Richardi, a.a.O., § 77 Anm. 49 ff, insbesondere bezüglich der Grundrechte Anm. 78; und Karakatsanis, a.a.O., S. 70 ff, bezüglich der Grundrechte S. 124 ff;

mit dem Arbeitsvertrag gedanklich eine Abtretung der gesamten Persönlichkeitsrechte des Sportlers verbinden und über die Unterrichtung der Sportpresse hinaus den Sportarbeitnehmer für eigene wirtschaftliche Interessen beanspruchen. Das dem Arbeitnehmer zustehende Persönlichkeitsrecht wird aber schon dort berührt, wo der Verein das Recht zur Übertragung eines Sportereignisses an eine Fernsehanstalt verkauft oder wenn der Sportler aus Gründen der Imagepflege im Interesse des Vereins der Presse zur Verfügung stehen soll. Diese beiden Beeinträchtigungen des individuellen Persönlichkeitsrechts sollen auf ihre Rechtmäßigkeit hin näher beleuchtet werden, da der Berufssportler seinem Arbeitgeber auf diesem Gebiet weitgehend ausgeliefert erscheint.

Aus dem Grundgedanken der Artikel 1 und 2 GG entwickelte die Rechtsprechung das allgemeine Persönlichkeitsrecht als sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB¹⁹⁸⁾. Mit Hilfe dieser Vorschrift soll der einzelne einen Eingriff in seine Individual-, Intims- und Privatsphäre abwehren können, soweit das Privatinteresse das öffentliche Interesse der Berichterstattung übersteigt. § 22 KUG normiert ausnahmsweise neben § 12 BGB ein einzelnes Persönlichkeitsrecht, d.h., daß ein Bildnis grundsätzlich ohne Einwilligung des Abgebildeten nicht verbreitet und öffentlich zur Schau gestellt werden darf. Dieses grundsätzliche Verbot umschließt auch eine Filmvorführung und eine Sendung im Fernsehen.¹⁹⁹⁾

Unter Heranziehung von BGHZ Band 33, S. 20²⁰⁰⁾ und

198) BGH in ständiger Rechtsprechung vgl. BGHZ Band 13, S. 334, 338; 24, 208; 26, 349; 27, 285; 31, 308; 33, 22; 35, 363; 39, 124;

199) Hubmann, Urheber- und Verlagsrecht, S. 261;

200) Nach diesem Urteil dürfen Tonbandaufnahmen einer Opernaufführung grundsätzlich nur mit Einwilligung jedes mitwirkenden Künstlers gemacht werden. Fest angestellte Orchestermmitglieder seien jedoch aufgrund ihres Vertrages zur Einwilligung gegen angemessene Sondervergütung verpflichtet.

Entscheidung des Bühnenoberschiedsgerichts hinsichtlich einer Auswertung der Leistung von Bühnenkünstlern in Rundfunk und Fernsehen ²⁰¹⁾ verwehrt BÖRNER ²⁰²⁾ dem Arbeitgeber von Berufssportlern, diese ohne deren Einwilligung in Fernsehübertragungen zu zeigen. Die Sportler seien allerdings aus ihrem Arbeitsvertrag zur Einwilligung gegen angemessene Entschädigung verpflichtet. Dieser Ansicht kann jedoch nicht gefolgt werden. BÖRNER übersieht hier nämlich, daß Schauspieler und Musiker Kunst im Sinne von Artikel 5 GG produzieren, während der abhängige Sportler keine persönlich geistige Schöpfung erbringt und seine Leistung daher mit der Kunst im üblichen Sinne nicht auf eine Stufe gestellt werden kann. Darüberhinaus verdient der Musiker vor allem deshalb Schutz vor Aufnahmen seiner Leistung auf Tonträger, da sich seine Leistung damit vervielfältigt und einer unbegrenzten Zahl von interessierten Zuhörern zur Verfügung steht. Im Gegensatz hierzu verliert die sportliche Leistung im Moment der Beendigung bereits an Aktualität; denn welcher Zuschauer ist Tage, Wochen oder Monate später noch daran interessiert, wer wann wie schnell das Ziel erreicht hat oder welcher Spieler wie welches Tor erzielt hat. Im Sport zählt nur die augenblickliche Leistung. Die Aktualität des Ereignisses löst Faszination aus, während die musikalische Leistung zeitlich neutraler ist, daher über einen viel längeren Zeitraum hinweg interessiert und begeistert. Dieser "Wert" der künstlerisch schöpferischen Leistung steht nur dem Künstler selbst zu und bedarf daher eines gesetzlichen Schutzes.

§ 23 Abs. 1 Nr. 1 KUG schränkt das Persönlichkeitsrecht am eigenen Bildnis ein, um den Bedürfnissen der Allgemeinheit an einer sachgerechten bildmäßigen Unterrichtung über Persönlichkeiten und Geschehnisse der Zeitgeschichte Rechnung zu tragen ^{202a)}.

201) Archiv für Urheber-, Film- und Theaterrecht
Band 16, S. 148 ff; siehe auch Riepenhausen, Das
Arbeitsrecht der Bühne, S. 126 und Ergänzungs-
band S. 91;

202) Börner, a.a.O., S. 130;

202a) BGH NJW 1956, S. 1554;

Herausragende Sportgrößen zählen aber zweifellos zu den Personen der Zeitgeschichte, da die Meisterschaftsspiele und Wettkämpfe von einer breiten Öffentlichkeit mit größter Aufmerksamkeit verfolgt werden. Das Sportpublikum interessiert sich besonders für die Zusammensetzung der Mannschaften und für die Person des Wettkämpfers; dieser muß es sich daher gefallen lassen, auch ohne Einwilligung im Wege der Bildberichtserstattung durch Presse und Fernsehen der Öffentlichkeit vorgestellt zu werden ²⁰³⁾. Der Berufssathlet will ja gerade durch die sportliche Höchstleistung mit Hilfe seines Arbeitgebers an die Öffentlichkeit treten, um einerseits ein gehobenes Sozialprestige zu erreichen und andererseits um das Publikum zu werben. Wer aber durch seinen Beruf derart stark in den Vordergrund der Öffentlichkeit tritt, dem muß das allgemeine Interesse in Form von § 23 Abs. 1 Nr. 1 KUG entgegengehalten werden können. Der Berufssportler wird dadurch nicht schutzlos gestellt, da insbesondere § 23 Abs. 2 KUG die entgegenstehenden Interessen des Sportlers genügend berücksichtigt. Für den Verein als Arbeitgeber bedeutet dies, daß er Übertragungsrechte eines Sportereignisses auch ohne Einwilligung seiner Arbeitnehmer an eine Fernsehanstalt verkaufen darf.

Handelt es sich nicht um sportliche Darbietungen in Erfüllung der Verpflichtung aus dem Dienstvertrag, so stellt sich die Frage, inwieweit der Arbeitgeber das individuelle Persönlichkeitsrecht seines Arbeitnehmers zurückdrängen kann bzw. ob derartige Ansprüche überhaupt geltend gemacht werden können. So verlangen die Vereine und Firmen oftmals von den Sportlern, für Pressemeldungen und -veröffentlichungen zur Ver-

203) Urteil des BGH vom 20.2.68, NJW 1968, S. 1091;

fügung zu stehen, anlässlich von Ehrungen und Jubiläen in einheitlichen Anzügen zu erscheinen, bei Geschäftseröffnungen zu repräsentieren oder verwenden Fotos aus Wettkampf und Training für die Gestaltung der Club- bzw. Firmenzeitschrift.

Bei der Forderung nach korrekter einheitlicher Kleidung aus repräsentativen Anlässen dominieren die Interessen des Arbeitgebers, da in gewissen Situationen das äußere Erscheinungsbild der Repräsentanten wesentlich ist und das äußere Erscheinungsbild des Arbeitgebers mitbestimmt. Die Individualsphäre wird in diesen Fällen nicht unzumutbar berührt.

Soweit sonstige persönlichkeitsgebundene Rechtspositionen wie das Recht am eigenen Bild oder das Recht, die Presse zur Selbstdarstellung zu benutzen, tangiert werden, bringt der Gedanke aus § 23 KUG auch hier eine gerechte Interessenabwägung. Es ist Sache des Sportlers selbst, ob er sich fotografieren lassen will, Exklusivrechte an Zeitschriften verkauft, Interviews gibt oder Zeitungsartikel verfaßt. Soweit diese Informationen und Bilder seinen Privatbereich betreffen, überwiegt das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Sportlers und dem Arbeitgeber steht kein Recht zur Publikation im eigenen Interesse zu. Eine Verwertung von Bildern aus einem Wettkampf oder anlässlich des Saisonbeginns ²⁰⁴⁾ in der Firmen- oder Vereinszeitung ist hingegen genauso zu behandeln, wie eine Berichterstattung in Tageszeitungen oder Illustrierten. Einer Anwendung des Gedankens aus § 23 Abs. 1 Nr. 1 KUG steht jedoch Abs. 2 dieser Vorschrift entgegen, wenn die Bilder vom Arbeitgeber gewerblich genutzt werden.

204) vielfach wird zu Beginn einer Saison ein Gruppenbild der Mannschaft für die Vereinschronik aufgenommen;

Kommt es schließlich zu einer Überschneidung des privaten Bereichs mit dem beruflichen und damit öffentlichen Bereich ²⁰⁵⁾, so muß der Spitzensportler letztlich seiner Popularität Tribut zollen. Die Art der zu leistenden Arbeit bestimmt sich für den Arbeitnehmer allgemein aus dem Inhalt des Arbeitsvertrages, der meist keine konkrete Aussage trifft und daher nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte auszulegen ist ²⁰⁶⁾. Die Art der zu leistenden Arbeit richtet sich folglich nach dem vereinbarten Berufsbild ²⁰⁷⁾ und kann vom Arbeitgeber aufgrund seines Direktionsrechts konkretisiert werden.

Der Kontakt zum Publikum zählt zum Wesen des professionellen Sports; aber nicht nur der sterile Kontakt in den Wettkampfstätten, sondern auch das Interesse an der Privatperson zeigt die Vergleichbarkeit des Hochleistungssports mit anderen Bereichen der Unterhaltungsbranche ²⁰⁸⁾. Der Berufssport lebt vom Interesse der Öffentlichkeit; die aktiv Beteiligten müssen daher bemüht sein, dieses Interesse zu erhalten und zu fördern. Anhand dieses Berufsbildes ist der Arbeitsvertrag des abhängigen Sportlers auszulegen, d. h. die Pflicht, dem Arbeitgeber für Zwecke der public relations zur Verfügung zu stehen, wird vom Arbeitsvertrag beinhaltet, aber erst vom Direktionsrecht des Arbeitgebers konkretisiert. Diese aus der persönlichen Bindung der Arbeitsvertragsparteien

205) z.B. auf einer Vereinsfeier soll sich ein Spieler anlässlich seines 30. Geburtstages mit seiner Familie den Pressefotografen zur Verfügung stellen.

206) Staudinger-Nipperdey-Neumann § 611 Rdn. 111

207) Bobrowski-Gaul, Das Arbeitsrecht im Betrieb, D II Rdn 10;

208) z.B. Film, Funk, Fernsehen;

fließende Weisungsgebundenheit zwingt dazu, Beeinträchtigungen des Privatbereichs auch in erweitertem Umfang hinzunehmen. Die Weisungsbefugnis findet lediglich dort ihre Grenze, wo die vom Arbeitgeber erstrebte Maßnahme dem Arbeitnehmer nach Treu und Glauben nicht mehr zumutbar ist ²⁰⁹⁾. Die Eingriffsmöglichkeit in die Privatsphäre endet für den Arbeitgeber deshalb auf jeden Fall dort, wo die sogenannte Intimsphäre, d.h. der engste Privatbereich des abhängigen Sportlers beginnt und schwächt sich in dem Maße ab, wie die Beziehung zum betrieblichen Bereich schwindet. Schließt der Sportler schließlich zur Verwertung seiner Persönlichkeitsrechte Verträge mit Dritten ²¹⁰⁾, so sind diese Verpflichtungen vom Arbeitgeber zu respektieren und ist ihnen der Vorrang gegenüber vereinseigenen Interessen einzuräumen. Einer Verwertung durch den Arbeitgeber stehen damit die Interessen des Arbeitnehmers gemäß § 23 Abs. II KUG entgegen.

Zusammenfassung zum Persönlichkeitsrecht:

Übertragungsrechte von Wettkämpfen darf der Arbeitgeber ohne Einwilligung der Spieler wegen § 23 Abs. 1 Nr. 1 KUG an Fernsehanstalten verkaufen. In sonstige persönlichkeitsbezogene Rechtspositionen, die in unmittelbarer enger Beziehung zum betrieblichen Bereich stehen, darf der Arbeitgeber aus dem Grundgedanken von § 23 Abs. 1 Nr. 1 KUG eingreifen, soweit nur die Privatsphäre beeinträchtigt wird. Geschützt bleibt hingegen die Intimsphäre des Sportlers und Rechtspositionen, die in keinem Zusammenhang zur sportlichen Arbeit stehen (z.B. Hochzeit). Eine Übertragung der Persönlichkeitsrechte auf Dritte geht dem Recht des Arbeitgebers vor, soweit sich Privatbereich und Berufsbereich überschneiden.

209) BAG BB 1969, S. 836, 837;

210) z. B. mit einem Verlag oder Werbemanager;

6) Leiharbeitsverhältnis

Die steigende Nachfrage nach Arbeitskräften führte im allgemeinen Arbeitsrecht zur Schaffung sogenannter Leiharbeitsverhältnisse. Obwohl terminologisch besser von Zeit-Arbeit gesprochen würde und der Begriff mit der Leihe im Sinne von § 598 ff BGB nicht in Einklang zu bringen ist, hat es sich mittlerweile eingebürgert, die Arbeitnehmerüberlassung als Leiharbeitsverhältnis zu bezeichnen. Der Leiharbeitnehmer erbringt dabei seine Leistung vorübergehend nicht dem Arbeitgeber, zu dem er in vertraglicher Beziehung steht, sondern einem anderen Unternehmen (Entleiher), nach dessen Weisungen er zu arbeiten hat ²¹¹⁾. Gerade der Berufsfußball zeitigt heute Erscheinungsformen der Arbeitnehmerüberlassung; sei es, daß der Verein seine Spieler aufgrund vertraglicher oder korporativer Bindung an Sportverbände für Länderspiele und Auswahlkämpfe zur Verfügung stellt oder daß der Verein einzelne Spieler an andere Vereine "ausleiht".

Nach der traditionellen Terminologie werden echte und unechte Leiharbeitsverhältnisse unterschieden. Das echte Leiharbeitsverhältnis kennzeichnet sich dadurch, daß der Leiharbeitnehmer seine Arbeitsleistung regelmäßig im Betrieb des Verleihers und nur in Ausnahmefällen in Entleiherbetrieben erbringt ²¹²⁾. Zum charakteristischen Merkmal der unechten Zeit-Arbeit gehört es, daß der Verleiher Arbeitnehmer nur zu dem Zweck einstellt, sie gewerbsmäßig an andere Unternehmen zu überlassen ²¹³⁾. Im Unterschied zum Normaltypus des Arbeitnehmers verpflichtet sich der Leiharbeitnehmer

211) Hueck-Nipperdey, a.a.O., S. 521/522;

212) Sandmann/Vielhaber, Kommentar zum Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, S. 20;

213) Becker/Kreikelaum, Zeitarbeit, Schriften zur Arbeitsrechts-Blattei Band 1, S. 40;

im Arbeitsvertrag dem Verleiher gegenüber, seine Arbeitsleistung fortwährend Dritten zu erbringen. Lediglich für diese Gruppe der unechten Leiharbeiter wurde das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) vom 7.8.1972 geschaffen, während die nur gelegentliche entgeltliche Arbeitnehmerüberlassung nicht vom Geltungsbereich dieses Gesetzes erfaßt wird. Wegen des Auseinanderfallens von Arbeitgeber und Weisungsgeber und der Eingliederung in ein anderes Unternehmen gelten aber zum Schutz des ausgeliehenen Arbeitnehmers die in § 11 Abs. 5 bis 7 enthaltenen Regeln analog auch für nichtgewerbliche Arbeitnehmerüberlassungen. Ebenso sind einige Sondervorschriften des Sozialversicherungsrechts²¹⁴⁾ auch auf echte (nichtgewerbliche) Leiharbeitsverhältnisse anzuwenden²¹⁵⁾. Schließlich kann die in § 1 AÜG als Grundprinzip enthaltene zeitliche Limitierung des Zeitarbeitsverhältnisses nicht nur auf die gewerbliche Überlassung beschränkt bleiben, sondern muß unbedingte Geltung beanspruchen²¹⁶⁾, um nicht das Arbeitsvermittlungsmonopol der Bundesanstalt für Arbeit aus § 4 Arbeitsförderungsgesetz zu unterlaufen.

Vor diesem Hintergrund gestaltet sich der Einsatz eines Berufssportlers in einer Auswahl- oder Ländermannschaft als echtes Leiharbeitsverhältnis, das in seiner rechtlichen Zulässigkeit auf keine Bedenken stößt. Die vertraglichen Beziehungen zwischen Verleiher

214) so z.B. die Pflicht zur Vornahme von Kontrollmeldungen nach § 317 a, § 520 Abs. 2 RVO; selbstschuldnerische Haftung des Entleihers für die auf den Überlassungszeitraum entfallenden Sozialversicherungsbeiträge gemäß den §§ 393 Abs. 3, 520 Abs. 1 Satz 3, 729 Abs. 4, 1396 Abs. 1 Satz 2 RVO; § 118 Abs. 1 Satz 2 AVG; § 114 Abs. 1 Satz 4 Reichsknappschaftsgesetz; § 179 Abs. 1 Satz 4 AFÖG;

215) Becker-Kreikelmann a.a.O., S. 41;

216) Franßen-Haesen, Kommentar zum AÜG, S. 28 Rdn. 12; Becker-Kreikelmann, a.a.O., S. 41;

und Leiharbeitnehmer bestehen fort, lediglich die Arbeitsleistung wird vereinbarungsgemäß einem Dritten erbracht. Durch den Wechsel des Leistungsbegünstigten ändert sich nicht der Charakter der sportlichen Tätigkeit als Arbeitsleistung. Besonders hinzuweisen ist auf die Notwendigkeit einer Zustimmung durch den Arbeitnehmer, an die das Leiharbeitsverhältnis wegen § 613 Abs. 2 BGB gebunden ist. Wenn also ein Nationalspieler aus privaten Gründen nicht mehr in der Auswahlmannschaft spielen will, so hat der Verband diesen Verzicht zu respektieren. Während die arbeitsrechtliche Bindung zum Verein bestehen bleibt, übt der DFB als Entleiher das ihm übertragene Weisungsrecht für nur kurze Zeit aus und entschädigt den Verein finanziell dafür, daß der Spieler seinem Verein vorübergehend nicht für Privatspiele zur Verfügung steht. Auch wenn zwischen dem DFB und den Spielern keine vertragliche Beziehung besteht, so hindert dies beide Parteien nicht an einer besonderen zusätzlichen Vergütungsvereinbarung ²¹⁷⁾.

Die zulässige Arbeitnehmerüberlassung beschränkt sich aber bei einem Einsatz in Auswahlmannschaften nicht auf den Berufsfußball, sondern erfaßt auch den Handball- und Eishockeysport, wenngleich hier dem Verein bislang kein finanzieller Ausgleich gewährt wird. Solche "Entschädigungen" werden wohl erst dann gezahlt, wenn sich auch offiziell die Erkenntnis durchgesetzt hat, daß man mit dem Amateurbegriff einem Ideal nachhängt und an der Realität vorbeiblickt.

217) vgl. Fußballweltmeisterschaft 1974, als die Spieler erst nach langen Verhandlungen mit Funktionären des DFB über die auszuschüttende Prämie ihre Spielbereitschaft erklärten.

In jüngster Zeit versuchten einige Lizenzfußballvereine ihre hohen Lohnkosten durch einen Abbau des Personals zu verringern, indem Spieler mit deren Einverständnis an andere Vereine "ausgeliehen" wurden. Hierbei kann es sich aber nur um eine untechnische Begriffsbestimmung in doppeltem Sinne handeln. Statt einer Leihe iSv § 598 ff BGB kommt nur eine Arbeitnehmerüberlassung in Betracht, wie schon oben ausgeführt wurde. Darüberhinaus verlangt der DFB eine arbeitsvertragliche Bindung des Spielers mit dem Verein, für den er seine sportlichen Leistungen erbringt ²¹⁸⁾. Schließlich steht auch noch § 1 Abs. 2 AUG entgegen. Übersteigt die Überlassungsdauer den Zeitraum von 3 Monaten, so sieht das Gesetz darin einen Verstoß gegen das Arbeitsvermittlungsmonopol der Bundesanstalt für Arbeit aus § 4 ArbFördG. Der übernehmende Verein jedoch will als "Entleiher" den Spieler für mindestens eine Saison an sich binden, ebenso wie der Spieler nur bei einer längerfristigen Bindung und damit finanzieller Absicherung zu einer Leistung in einem anderen Betrieb bereit ist. In der Praxis umgeht man diese Schwierigkeiten damit, daß der Spieler mit dem neuen Verein einen selbständigen Arbeitsvertrag abschließt, wobei der ehemalige Verein auf eine Ablösesumme (§ 29 LspSt) verzichtet, da gleichzeitig ein zweiter Arbeitsvertrag mit dem bisherigen Arbeitgeber geschlossen wird. Dieser zusätzliche Vertrag sichert dem bisherigen Arbeitgeberverein die Dienste seines Spielers, sobald der mit dem neuen Verein geschlossene Vertrag ausgelaufen ist, ohne eine Ablösesumme zahlen zu müssen. Durch eine zusätzliche Vereinbarung der beiden Arbeitgebervereine - die auch der Spieler durch seine Unterschrift gegen sich gelten lassen muß - wird die Festsetzung und Einklag-

218) vgl. § 7 c und § 20 LspSt; dies dient vor allem dazu, den Spieler zu sichern und um keine Manipulation durch kurzfristige Leihgaben zu ermöglichen;

barkeit der Ablösesumme für den Fall manifestiert, daß der zweite Arbeitsvertrag beim alten Arbeitgeber nicht erfüllt werden kann ²¹⁹⁾.

Der Abschluß zweier zeitlich beschränkter aufeinanderfolgender Arbeitsverträge bei zwei verschiedenen Arbeitgebern bedeutet für den Arbeitnehmer einen sicheren Arbeitsplatz für mehrere Jahre, während der "entleihende" Arbeitgeber das Risiko eines späteren Leistungsabfalls durch Einsparung der aus dem derzeitigen Arbeitsvertrag zu zahlenden Lohnkosten ausgleicht. Es besteht daher kein Anlaß, an dieser Praxis ernsthaft Kritik zu üben, zumal die Verpflichtung auf einen zukünftigen Zeitpunkt ohne weiteres zulässig ist.

219) z.B. wenn der neue Verein den Spieler behalten will oder dieser zu einem dritten Verein wechseln will;

7) Beendigung des Arbeitsverhältnisses -
Kündigungsschutz

Auch das Arbeitsverhältnis der Berufssportler unterliegt wie alle Dauerschuldverhältnisse den allgemeinen Regeln über deren Beendigung. Neben der Anfechtung des Arbeitsvertrages (§§ 119, 123 BGB) oder Berufung auf dessen Nichtigkeit (§§ 104, 117, 118, 125, 134, 138 BGB) kann daher im Wege der vertraglichen Vereinbarung (§ 305 BGB) das Arbeitsverhältnis zu jedem Zeitpunkt beendet werden, ohne Rücksicht auf bestehende Schutzfristen. Für die einseitig ausgesprochene Kündigung gelten die Fristen des § 622 BGB, die sich in Ausnahmefällen über die Anwendung des Angestelltenkündigungsschutzgesetzes verlängern ²²⁰⁾. Liegen Tatsachen vor, aufgrund derer entweder dem Arbeitgeber oder dem Arbeitnehmer die Fortsetzung des Dienstverhältnisses nicht zugemutet werden kann, so sieht § 626 BGB eine außerordentliche Lösung des Arbeitsverhältnisses ohne Einhaltung von Schutzfristen vor. § 1 des KSchG erweitert noch den Schutzbereich des Arbeitnehmers im Interesse seiner Arbeitsplatzsicherung, jedoch sind bei Geltung dieses Gesetzes die Klagefristen der §§ 4, 7, 13 für den Arbeitnehmer von besonderer Bedeutung. Untersteht eine Arbeitnehmerin dem Mutterschutzgesetz, so ist eine Kündigung schon nach § 9 MSchG unwirksam, ohne daß die materielle Ausschußfrist aus § 4 KSchG beachtet werden muß.

Diese im allgemeinen Arbeitsrecht geltenden Beendigungsgrundsätze besitzen zwar auch für den abhängigen Hochleistungssportler grundsätzliche Gültigkeit; müssen aber meist unbeachtet bleiben, da in der Mehrzahl

220) Gesetz über die Fristen für die Kündigung von Angestellten RGBI Teil I, S. 399;

aller Fälle Arbeitsverhältnisse im Berufssport für eine bestimmte Zeit eingegangen werden, nach deren Ablauf sie automatisch ohne Kündigung enden. Selbstverständlich bleibt hiervon das Recht zur fristlosen Kündigung (§ 626 BGB) unberührt. Die Zulässigkeit eines zeitlich limitierten Dienstverhältnisses folgt aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit ²²¹⁾ und kommt im Gesetz in § 620 Abs. 1 BGB zum Ausdruck. Nicht immer erfolgt die Befristung für eine nach Wochen, Monaten oder Jahren bestimmte Dauer; vielfach wird eine arbeitsrechtliche Bindung nur für eine bestimmte Saison eingegangen, jedoch ist gerade im Sportbetrieb die Dauer auch in diesen Fällen hinreichend präzisiert, da die Saison objektiv bestimmbar ist ²²²⁾ und regelmäßig einer einjährigen Bindung entspricht.

Der zeitbestimmte Abschluß von Arbeitsverträgen kann aber nicht schrankenlos zulässig sein. Durch die zeitliche Beschränkung bleiben die gesetzlichen Schutzvorschriften des Kündigungsrechts unanwendbar; eine derartige Gesetzesumgehung hat das BAG auch ohne eine dahingehende Absicht des Arbeitgebers in seiner grundsätzlichen Entscheidung vom 12.10.1960 ²²³⁾ mißbilligt. Ein Zeitarbeitsvertrag ist daher unwirksam, wenn die Befristung des Arbeitsverhältnisses nicht durch Besonderheiten des Einzelfalls sachlich gerechtfertigt ist ²²⁴⁾.

221) dieser hat seine Grundlage in Art. 2 GG und den §§ 241, 305 BGB;

222) Schaub, a.a.O., S. 129;

223) NJW 1961, S. 798 ff;

224) vgl. auch BAG AP Nr. 33 zu § 620 befristeter Arbeitsvertrag;

Für die Frage, wann ein solcher Rechtfertigungsgrund vorliegt, kommt es auf die wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse wenigstens einer Partei zur Zeit des Vertragsschlusses an, die daraufhin zu beurteilen sind, ob sie einen verständig denkenden Arbeitgeber zur Befristung veranlassen konnten. Aber auch die Üblichkeit derartiger Verträge im Arbeitsleben ist zu berücksichtigen²²⁵⁾. Das BAG zählt als sachliche Gründe beispielhaft auf die Probe- und Aushilfsarbeitsverträge, Verträge im Saison- und Baugewerbe oder Engagements von Künstlern, Musikern, Schauspielern und Sängern. In allen diesen Fällen besteht eine absehbar vorübergehende Bindung und das Interesse zumindest einer Partei, sich nicht auf Dauer zu binden. Vor allem in künstlerischen Berufen ist für die bestmögliche Entfaltung die Freizügigkeit des Engagementwechsels zu respektieren²²⁶⁾.

Der abhängige Berufssportler vereinigt in sich die Charakteristik des Saisongewerbes und der künstlerischen Tätigkeit. Der Spielbetrieb ist entweder saisonal bedingt oder wird nur während bestimmter Zeiträume ausgeübt. Andererseits werden der individuellen Leistung in ihrer Ausgestaltung durch Weisungen und taktisches Konzept nur vage Grenzen gesetzt. Die Ungewißheit einer problemlosen Eingliederung in die Wettkampfmannschaft, das Risiko des sportlichen Erfolges, schwankendes Leistungsvermögen der Spieler und vor allem ein fest verfügbarer Spielerstamm während einer Spielsaison oder im Hinblick auf zukünftige Erfolgsplanung sprechen für berechnete Interessen des Arbeitgebers an einer Befristung des Arbeitsverhältnisses. Aber auch der Wunsch des Berufssportlers nach einem "gesicherten Arbeitsplatz" auf Zeit und die Möglichkeit, die Ver-

225) BAG AP Nr. 16, 33, 36, 37 zu § 620 befristeter Arbeitsvertrag;

226) Rehbindner, RdA 1971, S. 211, 214;

tragsbedingungen dem gestiegenen Marktwert anzupassen, rechtfertigen aus der Sicht des Arbeitnehmers eine Befristung des Arbeitsvertrages.

Im Berufssport werden Arbeitsverträge sehr häufig wiederholt befristet verlängert. Die Rechtsprechung hat zur sachlichen Rechtfertigung dieser sogenannten Kettenarbeitsverträge besonders strenge Maßstäbe angesetzt ²²⁷⁾ und die mehrfache Aneinanderreihung von befristeten Arbeitsverträgen nur dann für zulässig erklärt, wenn hierfür besondere sachliche oder soziale Gründe bestehen, welche die wiederholte Befristung als angenommen erscheinen lassen. Überträgt man diese Grundsätze auf den Berufssport, so bestehen für die Zulässigkeit derartiger Kettenverträge keine Bedenken, denn die Gründe für die einmalige Befristung wiederholen sich bei jeder Vertragsverlängerung mit zeitlicher Limitierung aufs neue. Beide Seiten sind immer nur an einer zeitlich beschränkten Bindung interessiert, um nach Ablauf dieser Frist der inzwischen veränderten Sachlage Rechnung tragen zu können. Schließlich sei noch bemerkt, daß es auch im Gaststättengewerbe und im Bühnenrecht ²²⁸⁾ üblich ist, aufgrund der besonderen Gegebenheiten regelmäßig nur Zeitverträge abzuschließen.

Eine besondere Form des Kettenarbeitsvertrages stellt der sogenannte Optionsvertrag dar. Nach dieser im Berufssport nicht unüblichen Vereinbarung sollen beide Parteien die Fortsetzung des auslaufenden Vertragsverhältnisses zu den bestehenden Bedingungen verlangen können. Im Gegensatz zum Vorvertrag ist die Option ein Gestaltungsrecht, bei dessen Ausübung innerhalb

227) vgl. BAG in AP Nr. 4/6/34-38 zu § 620;

228) vgl. Riepenhausen, Das Arbeitsrecht der Bühne, Ergänzungsband S. 127;

einer vereinbarten Frist durch einseitige Erklärung der Vertrag ohne Zustimmung der anderen Partei zustande kommt. ²²⁹⁾ Diese Möglichkeit eines erneuten, zeitlich beschränkten Arbeitsvertrages sichert dem Arbeitgeber die Dienste seines Sportlers zu gleichen Bedingungen und sorgt andererseits zugunsten des Arbeitnehmers für einen gewissen Bestandsschutz des Arbeitsplatzes. Nachdem die Option den Inhalt des Vertrages aber nicht berührt, wird eine solche Vereinbarung nur selten geschlossen, denn jede Partei will sich hinsichtlich der finanziellen Bedingungen die Möglichkeit einer vorteilhaften Regelung offen halten - der Spieler für höhere Bezüge bei gestiegenem Marktwert, der Arbeitgeber für niedrigere Entlohnung bei sinkenden Leistungen.

Eine Zeitbestimmung des Arbeitsverhältnisses liegt auch dann vor, wenn es bei Eintritt eines bestimmten, objektiv bestimmbar Ereignisses enden soll. ²³⁰⁾ So wird vielfach der Abstieg aus einer Spielklasse als auflösende Bedingung vereinbart, was insbesondere den Arbeitgeberinteressen entspricht, da der sportliche Erfolg von vielen Imponderabilien abhängt und sportlicher Mißerfolg den finanziellen mit sich bringt. Ist der Arbeitgeber daran interessiert, sich bei Eintritt des bestimmbar Ereignisses von seinen teuren Spielern zu trennen bzw. deren Gehaltswünsche neuen Maßstäben anzupassen, so wird dem Arbeitnehmer andererseits die Möglichkeit eröffnet, einem anderen Arbeitgeber seine sportlichen Dienste anzubieten. Allerdings können nur solche Ereignisse zur Bedingung gemacht werden, die nicht dem Einfluß des Arbeitgebers unterliegen, da es den guten Sitten widerspräche, verschuldete Betriebsstörungen auf den Arbeitnehmer abzuwälzen.

229) Larenz, Schuldrecht Band I, a.a.O., S. 78/79;

230) vgl. Schaub, a.a.O., S. 130;

In der Praxis werden derartig bedingte Optionsverträge vom abhängigen Sportler selten akzeptiert, da er meist nicht bereit ist, sich auf diese Weise am Risiko des Mißerfolges zu beteiligen. Bei lukrativen Angeboten anderer Vereine kann der Arbeitnehmer dann nämlich leichter einen Aufhebungsvertrag gegen seinen derzeitigen Arbeitgeber durchsetzen, da dieser weiterhin verpflichtet wäre, die eingegangene Gehaltsverpflichtung zu erfüllen.

Im bezahlten Hochleistungssport taucht speziell bei den Skifahrern des Deutschen Skiverbandes die Frage auf, ob durch die Aufnahme einer Zölibatsklausel oder Nichtschwangerschaftsklausel auflösende Bedingungen für den Bestand des Abhängigkeitsverhältnisses vereinbart werden können. Das BAG hat derartige Vereinbarungen im allgemeinen Arbeitsrecht richtigerweise für unzulässig erachtet, da sie gegen die Grundrechte aus Artikel 1, 2 und 6 Abs. 1 GG verstoßen bzw. das Mutterschutzgesetz unterlaufen würden.²³¹⁾ Der DSV hat mit seinen Spitzenfahrerinnen diesbezüglich keine Vereinbarung getroffen, fühlt sich aber moralisch verpflichtet, im Falle einer Schwangerschaft aus einem Sozialfond gegebenenfalls eine monatliche Unterstützung zu gewähren. Diese Praxis entspräche einer Lohnfortzahlung gemäß § 11 MuSchG wegen eines Beschäftigungsverbots aus § 3 Abs. 1 und § 4 MuSchG. Allerdings mußte nach Auskunft des Wirtschaftsmanagers des DSV der Sozialfond diesbezüglich noch nicht bemüht werden, da die Spitzenfahrerinnen des DSV während ihrer aktiven Sportkarriere das Privatleben absolut den berufssportlichen Interessen unterordneten.

231) vgl. BAG in AP Nr. 1 zu Artikel 6 Abs. 1 GG "Ehe und Familie"; BAG in AP Nr. 3 zu Artikel 6 Abs. 1 GG "Ehe und Familie";

8) Arbeitslosenversicherung

Mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Zeitablauf, Aufhebungsvertrag oder Bedingungseintritt stellt sich für den Arbeitnehmer die Frage nach seiner zukünftigen Existenzsicherung. Solange er die physische und psychische Konstitution für den Hochleistungssport besitzt, wird er den Vertrag mit seinem bisherigen Arbeitgeber erneuern oder sich bei einem neuen Dienstherrn verdingen; andernfalls wird er seine Sportkarriere beenden und unter Verwertung seiner Publizität einen "normalen" Beruf ergreifen. Dem Wunsch nach einer Fortsetzung der Sportkarriere steht aber bisweilen fehlendes Interesse der Vereine gegenüber, ²³²⁾ mit anderen Worten, der Berufssportler findet keinen neuen Arbeitgeber und wird arbeitslos. Wie jeder andere Arbeitnehmer kann er in diesem Fall einen Anspruch auf Arbeitslosengeld geltend machen, da er regelmäßig die Voraussetzungen von § 100 des Arbeitsförderungsgesetzes erfüllt. Bei Höchstbeträgen von ca. DM 900.-- bzw. 1400.-- pro Monat ²³³⁾ wird es dem Berufsathleten allerdings schwer fallen, den Lebensstandard zu führen, den ihm seine bisher überproportionalen Bezüge gestatteten.

Zu den beitragspflichtigen und damit anspruchsberechtigten Personen nach § 168 ArbFördG zählen alle Hochleistungssportler, die aufgrund ihrer persönlichen Abhängigkeit als Arbeitnehmer zu qualifizieren sind. ²³⁴⁾ Wenn sich also einige Vereine und bezahlte Sportler mit aller Macht gegen die Bewertung ihrer Rechtsbeziehung als Arbeitsverhältnis wehren, so verzichten

232) vgl. für Berufsfußball Pressenotizen in der Südd. Zeitung vom 17./18.7., vom 20.7. und vom 21.7.76;

233) siehe Tabelle zu § 112 Arbeitsförderungsgesetz bei Weber/Paul, a.a.O.;

234) vgl. auch Böhner, Die persönliche Abhängigkeit und ihre Bedeutung für die Beurteilung der Versicherungsspflicht, Sozialversicherung 1959, S.118;

sie damit gleichzeitig auf den Schutz des § 100 Arbeitsförderungsgesetz. Allerdings werden die Handball- und Eishockeyspieler und sonstige "Halbprofis" wegen mehrerer Beschäftigungen bis zu 20 Wochenstunden ²³⁵⁾ die Voraussetzung der Arbeitslosigkeit gar nicht erfüllen. Letztlich muß dies aber jeweils einer Prüfung des Einzelfalls vorbehalten bleiben. Abschließend sei auch hier wiederholt betont, daß die Anwendung vieler Gesetze und letztlich auch des Arbeitsförderungsgesetzes auf den abhängigen Sportler erst dann realisiert werden kann, wenn auch diese Rechtsbeziehung als Arbeitsverhältnis in die arbeitsrechtliche Dogmatik Eingang gefunden hat.

235) § 101 Ziff. 1 iVm § 102 Abs. 1 ArbFördG;

F) 5. Kapitel

Verfassungsrechtliche Probleme
infolge Eingliederung in eine
Sportorganisation

I. Allgemeines

In dem Augenblick, in dem sich ein Sportler durch Vertrag oder durch den Beitritt in einen Verein statuarischer Bindung unterwirft, kann die Rechtsbeziehung zwischen Individuum und Verein nicht mehr isoliert betrachtet werden, da diese in einen vielgliedrigen Organisationsaufbau eingebettet ist. Vor allem im Amateursport stellt das Vereins- und Verbandswesen die typische Organisationsform dar mit der Folge, daß der Dachverband auf Bundesebene letztlich das gesamte Sportwesen prägt und ausgestaltet. Dieser korporative Aufbau hat sich seit Jahren bewährt, als nämlich der der Erholung, Körperertüchtigung und sinnvollen Freizeitgestaltung dienende Breiten- und Wettkampfsport ohne überregionale Ordnung gar nicht durchführbar ist.

Die Eingliederung in eine Organisation mit autonomen Regeln bedeutet für den Aktiven aber gleichzeitig ein Zurückdrängen eigener Rechte, da er sich der bestehenden Sportordnung unterwirft. Gewinnt die sportliche Betätigung wachsende Bedeutung für die persönliche Existenz, so greifen Beschränkungen in den Bereich des Arbeitslebens hinein und werfen die Frage auf nach den Möglichkeiten einer Aktualisierung verfassungsrechtlicher Prinzipien. ¹⁾

Arbeitgeber und Arbeitnehmer stehen sich auf vertraglicher Grundlage als Partner gegenüber, so daß es den

1) vgl. Stern, Grundrecht der Sportler, Sport und Recht, S. 142 ff, 146;

herrschenden Rechtsgrundsätzen der Vertragsfreiheit und des kollektiven Arbeitsrechts widerspricht, wenn Dachverbände einseitig durch Satzungen, Ordnungen und formularmäßige Einheitsverträge die Arbeitsbedingungen für ihre Mitglieder patriarchalisch ausgestalten.

Im Berufssport beschränken sich die Verbände regelmäßig nicht nur auf die Überwachung der sportlichen Regeln und den Ablauf der Wettkämpfe, sondern reglementieren auch den Arbeitsplatzwechsel sowie die Aufnahme und Beendigung der sportlichen Arbeit. In diesem Kapitel soll daher untersucht werden, ob und wie der abhängige Sportler seine Grundrechtspositionen verteidigen kann; dabei spielt es keine entscheidende Rolle, ob das Arbeitsverhältnis von der Ordnung der Fach- oder Dachverbände dadurch überlagert wird, daß der Berufssportler als Mitglied des Vereins oder durch vertragliche Regelung der bestehenden Ordnung unterworfen wird. Allerdings muß dort differenziert werden, wo es um die gerichtliche Überprüfung verfassungsrechtlich bedenklicher Bestimmungen geht. 2)

2) bei vertraglicher Unterwerfung steht die allgemeine Inhaltskontrolle gemäß §§ 138, 242, 315, 343 BGB zur Verfügung, bei statuarisch korporativer Bindung bedarf es einer Feststellungsklage, vgl. Palandt, § 25 Anm. 3 und 5;

II. Drittwirkung der Grundrechte

Fragt man im Bereich der Privatrechtsordnung nach dem grundrechtlichen Individualschutzbereich, so stößt man angesichts der Funktion der Grundrechte als subjektive Abwehrrechte gegen die staatliche Gewalt auf das vielerörterte Problem der sog. "Drittwirkung". Das Grundgesetz selbst bestimmt lediglich bei der Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 ausdrückliche Wirkung gegen Dritte; darüberhinaus fehlen spezielle Ausdehnungsnormen. Während das Bundesarbeitsgericht in ständiger Rechtsprechung ³⁾ den Grundrechten als Ordnungssätzen für das soziale Leben unmittelbare Bedeutung auch für den Rechtsverkehr der Bürger untereinander beimißt, sieht die heute herrschende Lehre in den Generalklauseln des Privatrechts (§§ 138, 242, 826 BGB) die "Einbruchstellen" für die Verfassungsnormen ⁴⁾. Ohne diese bis heute heftig umstrittene Frage einer Analyse unterziehen zu müssen, folgt die grundrechtliche Beschränkung der Verbandsgewalt aus der sog. "Horizontalwirkung" der Grundrechte ⁵⁾.

Aufgabe und Funktion der Grundrechte besteht doch darin, die überlegene Macht des Staates im Subordinationsverhältnis Staat - Individuum einer Bindung zu unterwerfen. Das gleiche Rechtsschutzbedürfnis kommt aber auch demjenigen zu, dessen grundrechtlich geschütztes Mindestmaß an Freiheit durch private Machtausübung gefährdet ist. Wenn der einzelne daher durch die wirtschaftliche oder soziale Macht einer privaten

3) BAG Band 1, S. 185, 193; 1, S. 258, 262; 4, S. 240, S. 243; 4, S. 274, 276; 7, S. 256, 260; 13, S. 168, S. 174; AP Nr. 26 zu Art. 12 GG; BAG NJW 1973, S. 77;

4) sog. mittelbare Drittwirkung; zu diesem Theorienstreit siehe die umfangreichen Nachweise bei Niklisch, Der verbandsrechtliche Aufnahmewang, JZ 1976, S. 108 Anm. 22 bis 24;

5) vgl. Niklisch, JZ 1976, S. 108 Anm. 22 bis 24;

Organisation ähnlich gebunden ist wie durch die Macht des Staates oder sonstiger öffentlich-rechtlicher Körperschaften, so rechtfertigt dieses staatsähnliche Über- und Unterordnungsverhältnis im Privatrecht eine unmittelbare Grundrechtsbindung.⁶⁾ Während also die "Vertikalwirkung" der Grundrechte (1. Stufe) das gesamte Verhältnis Staat - Individuum erfaßt, erstreckt sich die "Horizontalwirkung" (2. Stufe) aus dem besonderen Schutzzweck auf Privatbeziehungen, wenn und soweit auch dort ein staatsähnliches Subordinationsverhältnis besteht,⁷⁾ wie dies bei Sportverbänden regelmäßig der Fall ist.

Die zivilrechtlichen Generalklauseln haben daher kein normatives Eigengewicht, sondern bilden lediglich den Ansatzpunkt für Ansprüche des einzelnen gegen den Verband. Für die mittelbare Drittwirkung (3. Stufe) schließlich bleibt dort Raum, wo zwischen den Parteien ein Machtgleichgewicht und damit echte Vertragsfreiheit herrscht.

Im Ergebnis ist davon auszugehen, daß Sportverbände bei der Gestaltung ihrer autonomen Normen die Grundrechte zu beachten haben. Aufgabe der Gerichte bleibt es dann zu prüfen, ob bürgerlichrechtliche Vorschrif-

6) vgl. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, S. 151; Gamillscheg, Die Grundrechte im Arbeitsrecht, AcP 164 (1964), S. 385, 406; Ballerstedt, Wirtschaftsverfassungsrecht in: Die Grundrechte, Band 3, 1. Halbband, S. 1 ff, 59; H.P. Westermann, Die Verbandsstrafgewalt und das allgemeine Recht, S. 86 ff; Meyer-Cording, Betriebsstrafe und Vereinsstrafe im Rechtsstaat, NJW 1966, S. 225, 231; Preis, Der Lizenzspieler im Bundesligafußball, S. 34; Raiser, Grundgesetz und Privatrechtsordnung, Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages 1966, Band 2, Teil B, S. 3 ff, 12;

7) Niklisch, Der verbandsrechtliche Aufnahmewang, JZ 1976, S. 109;

ten im Widerspruch zum grundrechtlichen Wertsystem stehen bzw. es müssen diese Vorschriften verfassungskonform ausgelegt werden, was letztlich zu einer Güter- und Interessenabwägung führt.⁸⁾

8) vgl. BVerfG Band 18, S. 85, 92; 7, S. 198, 210; 30, S. 173, 195/196; 32, S. 311, 316; 34, S. 269, S. 280 in ständiger Rechtsprechung;

III. Artikel 9 Grundgesetz

1) Kollektive Mitwirkung bei Gestaltung des Arbeitsverhältnisses; Tariffähigkeit

Um den grundrechtlichen Individualschutz auch gegenüber innergesellschaftlichen Verbänden zu gewährleisten, bietet sich die Möglichkeit einer kollektivrechtlichen Einflußnahme auf die äußeren Bedingungen des Arbeitsverhältnisses an. Bisher haben lediglich die Lizenzfußballspieler als Prototyp des modernen Berufssports zu ca. 70% von ihrem Koalitionsrecht aus Art. 9 Abs. 3, Satz 1 Grundgesetz Gebrauch gemacht und sich als "Fachgruppe Lizenzspieler" der Deutschen Angestellten Gewerkschaft (DAG) angeschlossen.

Wegen der unmittelbaren Drittwirkung des Art. 9 Abs. 3, Satz 2 GG dürfen dem Berufssportler daraus weder durch Vertrag noch durch Satzungsbestimmungen eines Verbandes Nachteile erwachsen. ⁹⁾ Die effektive Interessenvertretung durch die DAG beschränkt sich aber vornehmlich auf die Vertretung der Lizenzspieler in Rechtsstreitigkeiten mit ihren Arbeitgebern; im übrigen erschöpft sich ihr Einfluß in lediglich beratender Funktion.

Die Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3, Satz 1 GG umschließt auch das Recht zur Betätigung in Form der Tarifautonomie. ¹⁰⁾ Wenn BÖRNER ¹¹⁾ hierin bereits die Möglichkeit einer kollektivrechtlichen Gestaltung der Arbeitsbedingungen sieht, so verkennt er, daß die Notwendigkeit einer zweiseitigen Regelung noch nicht deren rechtliche Möglichkeit indiziert. Kollektive

9) Dietz, Die Koalitionsfreiheit in: Die Grundrechte - Handbuch der Theorie und Praxis, S. 449;

10) Maunz-Dürig-Herzog, GG-Kommentar, Art. 9 Rdn. 111;

11) Börner, a.a.O., S. 95;

Vereinbarungen setzen nämlich voraus, daß die abschließenden Parteien überhaupt den Status der Tariffähigkeit besitzen. Gerade dies bestreiten die Sportverbände aber mit allem Nachdruck und stehen einer institutionalisierten Mitwirkung der Gewerkschaften an ihrer Normsetzung prinzipiell ablehnend gegenüber, um ihre uneingeschränkte Autonomie weiterhin beanspruchen zu können. ¹²⁾ Die grundlegende Frage muß daher lauten, ob Sportverbände tariffähige Koalitionen im Sinne von Art. 9 III und § 2 TVG darstellen.

Die Tariffähigkeit des Arbeitgebers - der schließlich auch ein Verein sein kann - ergibt sich aus dem klaren Wortlaut von § 2 Tarifvertragsgesetz und stößt begrifflich auf keine Schwierigkeiten. Diese Vorschrift verleiht darüberhinaus auch Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern die Tariffähigkeit, ohne für den kollektiven Zusammenschluß die an ihn zu stellenden Voraussetzungen zu erläutern. Rechtsprechung und Literatur schufen deshalb ein ganzes System von Normativbestimmungen, um die Frage der Tariffähigkeit solcher Vereinigungen zu klären.

Zunächst einmal muß auf den unmittelbaren Zusammenhang zwischen der Tariffähigkeit aus § 2 TVG und dem Koalitionsbegriff aus Art. 9 Abs. 3 GG hingewiesen werden, als nämlich die Tariffähigkeit keine Voraussetzung, sondern eine Wirkung der Koalitionsfähigkeit ist. ¹³⁾ Daher setzt die Tariffähigkeit nach § 2 TVG die Koalitionseigenschaft nach Art. 9 Abs. 3 GG voraus. ¹⁴⁾

12) vgl. Preis, a.a.O., S. 118;

13) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Band II, 1. Halbband, S. 105 Anm. 50;

14) Löwisch, Die Voraussetzungen der Tariffähigkeit, ZfA 1970, S. 295 ff, 301;

Die Zweckbindung des Koalitionsbegriffs kommt in den Worten "zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen" unmißverständlich zum Ausdruck und deutet die Beziehung zu einem sozialen Gegenspieler an. ¹⁵⁾ Das Bundesverfassungsgericht ¹⁶⁾ verlangt daher für die Tariffähigkeit, daß die Koalition als satzungsmäßige Aufgabe die Wahrung der Interessen ihrer Mitglieder gerade in ihrer Eigenschaft als Arbeitgeber oder Arbeitnehmer übernehme. Das Bundesarbeitsgericht ¹⁷⁾ schloß sich dieser Auffassung an und stellt besonders die Fähigkeit heraus, im Rahmen der Rechtsordnung wirkungsvollen Druck auf den sozialen Gegner ausüben zu können.

In der Literatur ¹⁸⁾ werden noch zahlreiche weitere Voraussetzungen genannt:

es müsse sich um einen privatrechtlichen Verein handeln, der frei gebildet, gegnerfrei, selbständig und unabhängig, auf überbetrieblicher Grundlage privatrechtlich organisiert sei und zur Wahrnehmung der kollektiven Interessen namentlich den Abschluß von Tarifverträgen anstrebe, also tarifwillig sei. Gerade dieses letztgenannte subjektive Element ist unter dem Stichwort "gewollte Tarifunfähigkeit" Gegenstand divergierender Rechtsansichten geworden. Die herrschende Ansicht in der Literatur ¹⁹⁾ gestattet aus

15) vgl. Maunz-Dürig-Herzog, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 9 Rdn. 97;

16) AP Nr. 15 zu § 2 TVG;

17) AP Nr. 25 zu § 2 TVG und DB 1971, S. 1577; dazu kritisch Reuß, Die Bedeutung der Mächtigkeit von Verbänden im kollektiven Arbeitsrecht, RdA 1972, S. 4 ff;

18) vgl. Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, TVG § 2 Anm. 10 ff; Löwisch, ZfA 1970, S. 296; Nikisch, Band II S. 243 ff; Maus, Handbuch des Arbeitsrechts, Teil VII B (S. 114 ff);

19) Hueck-Nipperdey, Band II, 1. Halbband, S. 105 Anm. 50; Hueck-Nipperdey-Stahlhacke TVG, § 2 Anm. 37; Löwisch, ZfA 1974 S. 29, 32; Richardi, Kollektivgewalt und Individualwille S. 155;

der Koalitionsfreiheit heraus, daß ein Arbeitgeberverband in seiner Satzung den Abschluß von Tarifverträgen ausschließen kann. Die Gegenmeinung ²⁰⁾ erkennt eine solche "Flucht" des kollektiven Vertragspartners nicht an. Wenn ein Verband die Interessen seiner Mitglieder zu wahren sucht, so könne er die ihm vom Gesetz verliehene Tariffähigkeit nicht durch entgegenstehenden Willen ausschließen. Ein Verzicht auf die Tariffähigkeit sei nur dadurch möglich, daß sich der Verband jeder Beeinflussung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen gegenüber der Arbeitnehmerseite enthält und damit seine Koalitionseigenschaft aufgibt. Hieraus wird deutlich, daß nicht nur eine enge Verknüpfung zwischen Tariffähigkeit und Koalition, sondern auch zwischen Tarifwilligkeit und Koalition besteht.

Aus der Notwendigkeit einer gewerkschaftlichen Interessenvertretung für die Lizenzfußballspieler glaubt auch PREIS ²¹⁾ die Tariffähigkeit des DFB als Arbeitgeber-Koalition im Sinne von Art. 9 III begründen zu müssen. Der Deutsche Fußballbund vertrete neben vielen reinen Sportvereinen auch einzelne Sportvereine in ihrer Eigenschaft als Arbeitgeber. Des weiteren bedürfe es zur Anwendung von § 2 III TVG ²²⁾ der Tarifwilligkeit als Voraussetzung der Tariffähigkeit nicht, soweit der Tarifvertrag nur Vorschriften enthält, die die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien selbst regeln. Mit anderen

20) Nikisch, Band II, S. 245; Maus, Handbuch des Arbeitsrechts, Teil XI B (S. 9);

21) vgl. Preis, a.a.O., S. 119;

22) Eine Arbeitgebervereinigung im Sinne von § 2 Abs. 1 TVG liegt nicht vor, da die einzelnen Vereine nicht unmittelbar Mitglieder des DFB sind (vgl. § 6 DFB-Satzung), was für die Anwendung von § 2 I TVG aber nötig ist, siehe Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, TVG § 2 Rdn. 11;

Worten: der DFB sei tariffähig, soweit er nur obligatorisch wirkende Vereinbarungen mit der Gewerkschaft trifft.

Sämtliche Sportverbände einschließlich des DFB verfolgen aber nicht das Ziel, einem Sozialpartner gegenüber einseitig die Interessen der Arbeitgeber-Vereine zur Ausgestaltung der Arbeitsbedingungen zu vertreten. Die Vereine sind zwar Mitglieder des Verbandes, dessen Zweck es aber ist, die Betätigung der Sporttreibenden zu organisieren, reglementieren und überwachen. Regelmäßig haben es sich die Sportverbände nämlich zur Aufgabe gemacht, im Interesse einer allgemeinen Volksgesundheit und Jugenderziehung die Entwicklung einer bestimmten Sportart zu fördern, diese im In- und Ausland zu vertreten und Meisterschafts- und Pokalspiele zu veranstalten.²³⁾ Wenn § 3 Buchstabe e) der bis zum 31.8.1976 geltenden Fassung der DFB-Satzung die Unterhaltung und Leitung bezahlter Fußballklassen manifestiert, so wurde damit von den grundsätzlichen Zielen nicht abgewichen und vor allen Dingen nicht die einseitige Interessenvertretung der Arbeitgeber-Vereine verfolgt. In der seit dem 1.9.1976 geltenden Fassung wurde dieser Passus gar nicht mehr unter der Rubrik "Zweck und Aufgabe des DFB" fixiert, um nicht schon aus dem Wortlaut der Satzung nachteilige Rückschlüsse ziehen zu können.

Der Verband hat mit seinen Vorschriften oftmals gerade den Schutz des abhängigen Sportlers vor Augen.²⁴⁾ Man kann daher nicht von einer Koalition i. S. von Art. 9 Abs. 3 GG sprechen, die einseitig die Interessen ihrer Mitglieder verfolgt. Wegen ihrer neutralen

23) vgl. z. B. § 3 DFB-Satzung; § 2 DHB-Satzung;
§ 2 DEB-Satzung;

24) z. B. Verein muß wirtschaftlich gesund sein;
Mindestdauer des zeitlich beschränkten Arbeits-
vertrages; Mindestalter des Sportlers;

Stellung zwischen Vereinen und Spielern sind die Sportverbände keine tariffähigen Parteien i.S. von § 2 TVG; sie können sich daher zu Recht auf ihre fehlende Tarifwilligkeit berufen.

Der Konstruktion von PREIS fehlt außerdem die nötige Effizienz. Für eine Tariffähigkeit, welche sich auf den obligatorischen Teil eines Tarifvertrages beschränkt, bedarf es keiner Bemühung der Bestimmungen des kollektiven Arbeitsrechts. Insoweit besteht nämlich kein Unterschied zum allgemeinen Schuldrecht, d.h. eine derartige obligatorische Bindung kann ebenso über einen Vertrag nach §§ 241, 305 BGB erzielt werden, ohne die Tariffähigkeit der Vertragspartner konstruieren zu müssen. Der Abschluß einer solchen nur schuldrechtlich wirkenden Vereinbarung kann aber nicht erzwungen werden, auch nicht mit einem Arbeitskampf als ultimo ratio des kollektiven Arbeitsrechts.

Unterstellt man, daß der normative Teil zwar regelmäßig das Kernstück des Tarifvertrages bildet, aber nicht begriffswesentlich ist ²⁵⁾, so griffe eine Verpflichtung des Sportverbandes zur Änderung seiner Satzungen und Regeln doch mittelbar auch in das Arbeitsverhältnis des einzelnen Sportlers ein. Würde sich der DFB gegenüber der DAG verpflichten, die Bestimmungen über die Ablösesummen oder die Spielsperren aufzuheben, so würden mit Erfüllung dieser Pflicht zugleich die allgemeinen Arbeitsbedingungen der Berufssportler gestaltet, da die Normen des Verbandes über den Arbeits- und Lizenzvertrag bzw. die Mitgliedschaft in das Arbeitsverhältnis einfließen. Für den Abschluß derart normierender Regeln fehlt dem DFB aber die Tarifwilligkeit, wie auch PREIS ²⁶⁾ bekennt.

25) ein Tarifvertrag liegt auch dann vor, wenn er nur obligatorische Regeln enthält, vgl. Richardi, Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses. Münchner Universitätschriften, 1968, S. 197; zum unterschiedlichen Meinungsstand in dieser Frage siehe Hinweise in Anm. 3 und 4 auf S. 197;

26) Preis, a.a.O., S. 122/123;

Wollte man derartigen Abreden zwischen dem DFB ²⁷⁾ und der DAG ausschließlich schuldrechtlichen Charakter zugestehen, so nützt die "Flucht in das kollektive Arbeitsrecht" nichts. Mit einem Streik kann der Abschluß eines Tarifvertrages nämlich nur dann erzwungen werden, wenn durch seinen Inhalt das Einzelarbeitsverhältnis neu gestaltet werden soll. ²⁸⁾ Die gesamte Arbeitsrechtsliteratur setzt stillschweigend voraus, daß in einem Tarifvertrag sowohl obligatorische als auch normative Elemente enthalten sind. Ein Streik zur Erzwungung eines Tarifabschlusses zielt deshalb regelmäßig auf die Verbesserung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen und damit auf die Durchsetzung des normativen Teils, der inhaltlich nicht vom schuldrechtlichen Teil gelöst werden kann, da der gesamte Tarifvertrag eine Einheit bildet. Nur unter diesem Aspekt hat das BAG ²⁹⁾ auch die rechtliche Vermutung der Rechtmäßigkeit eines Streiks angenommen. Das Wesen des Tarifvertrages besteht nun einmal gerade darin, kollektiv die Einzelarbeitsverhältnisse zu gestalten, so daß das Ziel eines Arbeitskampfes zum Abschluß eines Tarifvertrages am konkreten normativen Inhalt ausgerichtet sein muß. ³⁰⁾ Es widerspräche sämtlichen Grundprinzipien des kollektiven Arbeitsrechts, wollte man einen Streik legitimieren, der den Abschluß eines Tarifvertrages erzwingen soll, in dem sich ein Arbeitgeberverband der Gewerkschaft gegenüber beispielsweise verpflichtet, eine Schlichtungsstelle mit bestimmten Personen zu beschicken. Ein Streik zur Erreichung eines Tarifvertragsabschlusses ist daher nur dann sozial

27) der DFB sei jeweils stellvertretend auch für andere Verbände genannt;

28) Söllner, Arbeitsrecht, S. 68;

29) Urteil vom 19.6.73, SAE 1975, S. 177, 179;

30) Heß, Zulässigkeit, Inhalt und Erstreikbarkeit betriebsnaher Tarifverträge, S. 102;

adäquat, wenn er auf die kollektive Gestaltung der Arbeitsbedingungen - also den normativen Teil des Tarifvertrages - gerichtet ist.

Ergebnis: Sportverbände sind nicht tariffähig, da sie keine Koalition im Sinne von Art. 9 III GG sind; selbst wenn man dies bejahen sollte, fehlt es an der Tarifwilligkeit. Eine Beschränkung der Tariffähigkeit auf lediglich obligatorischen Regeln des Tarifvertrages bringt den Berufssportlern keine Einwirkungsmöglichkeit auf Verbandssatzungen, da ein Tarifvertrag mit nur schuldrechtlichem Inhalt (seine Zulässigkeit unterstellt) nicht erzwungen werden kann. Insoweit fehlt eine Möglichkeit, auf Verbandssatzungen und Statuten Einfluß auszuüben.

2) Die negative Koalitionsfreiheit

Art. 9 I und III verbürgen nach herrschender Meinung auch das Recht, einem privatrechtlichen Zusammenschluß fernzubleiben.³¹⁾ Aus dieser Sicht erscheint es daher auf den ersten Blick bedenklich, wenn ein Verband nur solche Sportler am organisierten Wettkampfsport teilnehmen lassen will, die durch Mitgliedschaft in den gesamten korporativen Aufbau einbezogen sind. Bei näherer Betrachtung scheint dieser Organisationszwang aber in einem anderen Licht. Art. 9 gewährt das Recht, eine Vereinigung zu gründen, dieser beizutreten oder dieses eben gerade nicht zu tun. Beide Möglichkeiten bleiben dem Hochleistungs- oder Berufssportler unbenommen, wenngleich bei einem Fernbleiben von der entsprechenden Vereinigung die Möglichkeit der kommerziellen Verwertung sportlicher Leistungen praktisch abgeschnitten wird. Sportverbände sind meist Veranstalter auf regionaler und überregionaler Ebene; in dieser Funktion muß ihnen daher auch das Recht zustehen, nur denjenigen die Teilnahme zu gewähren, die der Organisation in irgend einer Weise angehören. Eine solche Ordnung ist dem Sportwesen ja geradezu immanent, da der permanente Kräftevergleich mehrerer Kontrahenden ohne Regulierung irregulär und damit uninteressant würde. Damit aber fiele das gesamte Sportwesen in sich zusammen. Die Notwendigkeit einer Eingliederung zeigt sich auch an einem anderen Beispiel:

Wer in einem Gesangschor oder Kunstverein mitwirken

31) sog. negative Vereinigungs- bzw. Koalitionsfreiheit; diese negative Komponente ergibt sich bereits aus der Freiwilligkeit des Zusammenschlusses, vgl. Maunz-Dürig-Herzog, Art. 9 Anm. 49 und 105; manche Autoren wollen insoweit auf Art. 2 I Satz 2 Grundgesetz zurückgreifen, vgl. zum Meinungsstand von Münch, Kommentar zum Grundgesetz, Band 1, Art. 9 Rdn. 45 und Säcker, Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit, S. 35 Anm. 59;

will, der kann dies nur, wenn die Gemeinschaft ihn in ihren Reihen aufnimmt. Das Problem läuft also letztlich darauf hinaus, ob der einzelne die Aufnahme in die Vereinigung erzwingen kann. Mit dem negativen Recht aus Art. 9 GG hat dies aber nichts zu tun. Das Recht, privaten Vereinigungen fernzubleiben, würde nur dann berührt, wenn der Verband die Zulassung zum organisierten Sportbetrieb davon abhängig machen würde, daß der Betreffende einer Vereinigung angehört, die in keinem Zusammenhang zur eigenen Organisation steht.

3) Das Streikrecht

Neben der Koalitionsfreiheit sichert Art. 9 III GG dem Berufssportler auch das Streikrecht gegenüber seinem Arbeitgeber, der zu den tariffähigen Parteien des § 2 I TVG zählt. Ein rechtmäßiger, d. h. sozialadäquater Streik wird von dem Sozialpartner aber in der Praxis nicht geführt, da die abhängigen Sportler aufgrund ihrer außergewöhnlichen Verdienstmöglichkeiten nicht das notwendige Maß der Solidarität aufbringen und eine solche Kampfmaßnahme daher nicht mit der nötigen Mehrheit befürworten. Darüberhinaus wird ein Tarifvertrag dort illusorisch, wo die tatsächlichen Einkommen ein Vielfaches von dem betragen, was kollektiv als Mindestlohn für den normalen Arbeitnehmer vereinbart wird.

Ins Kalkül gezogen werden muß hingegen der sogenannte "wilde Streik" ³²⁾, mit dem Ziele verfolgt werden, die

32) Hiervon zu unterscheiden ist die Arbeitsniederlegung zur Durchsetzung bereits bestehender Rechtsansprüche als gemeinschaftliche Ausübung eines Zurückbehaltungsrechtes nach §§ 273, 320 BGB, vgl. Söllner, Arbeitsrecht, S. 74;

durch einen Tarifvertrag nicht geregelt werden können und dürfen; zu denken wäre hier an die Forderung zur Suspendierung des Trainers, Umbesetzung der Vorstandschaft und dergleichen. Nach ständiger Rechtsprechung des BAG³³⁾ ist der sogenannte "wilde Streik" rechtswidrig³⁴⁾ und gibt dem Arbeitgeber einen Grund zur außerordentlichen Kündigung nach § 626 BGB; darüberhinaus macht sich der streikende Arbeitnehmer schadenersatzpflichtig.³⁵⁾

Der Arbeitgeber von Berufssportlern wird in praxi nicht zu derartigen Maßnahmen greifen, sondern bemüht sein, einen gerechten Interessenausgleich herbeizuführen. Aus diesem Verhalten wird die besondere Situation des Berufssports deutlich, als der Arbeitgeber nämlich der Tatsache Rechnung tragen muß, daß der "Markt" herausragender Spitzensportler sehr begrenzt ist und daher die wirtschaftlichen Interessen oftmals zum Nachgeben zwingen. Auf der anderen Seite erfordert die kollektive Arbeitsverweigerung eine gewisse Solidarität innerhalb der Arbeitnehmerschaft, was angesichts der hervorragenden Verdienstmöglichkeiten im Berufssport nur unter Leitung eines engagierten Mannschaftsmitgliedes realisiert werden kann.

33) BAG Band 15, S. 174, 191; BAG AP Nr. 41 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf";

34) gegen diese undifferenzierte Lösung kritisch Rüthers, Rechtsprobleme des betriebsbezogenen wilden Streiks, JZ 1970, S. 625: Unter Berücksichtigung des Vorverhaltens des Arbeitgebers könne ein sog. "wilder" Streik im Einzelfall gerechtfertigt und damit rechtmäßig sein oder doch zumindest eine Kündigung nicht rechtfertigen;

35) Manche wollen den "wilden" Streik ebenso behandeln wie den gewerkschaftlichen, um der sozialen Wirklichkeit zu entsprechen. Andernfalls würde die Streik- und Kampffreiheit ganz erheblich eingeschränkt, was sich aus dem geltenden Recht schwer begründen lasse, vgl. Nikisch, Arbeitsrecht, Band II, S. 119; Ramm, Die Anerkennung des Streikrechts, AuR 1967, S. 97; Weller, Massenänderungskündigung und Kampfparität, AuR 1967, S. 76 zum Urteil des BAG vom 28.4.1966 = AP Nr. 37 zu Art. 9 Grundgesetz, "Arbeitskampf";

Der Arbeitgeber ist daher in solchen Fällen nicht gehindert, einzelnen Arbeitnehmern das Arbeitsverhältnis aufzukündigen, da der Gleichbehandlungsgrundsatz auf dem Gebiet des Kündigungsrechts keine Anwendung findet. ³⁶⁾ An dieser Stelle sei nochmals darauf hingewiesen, daß wegen der engen direkten Beziehung zwischen körperlicher Höchstleistung und psychomotorischem Gleichgewicht nur ein gesundes Arbeits- und Betriebsklima die Voraussetzungen für sportliche Spitzenleistungen schafft, was im beiderseitigen Interesse liegt.

36) BAG AuR 1958, S. 378, 381; BAG AP Nr. 41 zu Art. 9 Grundgesetz "Arbeitskampf"; Hueck-Nipperdey, a.a.O., S. 428; Nikisch, a.a.O., S. 510 m.w.N.;

IV. Artikel 11 Grundgesetz

Fast alle Sportverbände nehmen für sich das Recht in Anspruch, bei einem Wechsel des Vereins - beim Berufssportler bedeutet dies einen Wechsel des Arbeitgebers - über einen Antrag auf Spielberechtigung zu entscheiden, Wettkampfberechtigungen zu erteilen bzw. die Wirksamkeit dieser Transaktion von verbandlicher Zustimmung abhängig zu machen.³⁷⁾ Diese "Absegnung" sport-beruflicher Veränderungen beschränkt sich keineswegs nur auf den nationalen Sportbetrieb; so entscheidet der DFB beispielsweise über die Freigabe von Spielern, wenn diese im Ausland und damit in einem anderen Mitgliedsverband der FIFA ihren Sport gegen Entgelt ausüben wollen.³⁸⁾ Ohne diese Genehmigung ist es dem Berufssportler aber nicht möglich, den Sport als Arbeit an einem anderen Ort aufzunehmen. Wollte man daraus eine Beschränkung der Freizügigkeit aus Art. 11 GG bzw. Art. 2 GG herleiten, so hieße das, den Inhalt dieses Grundrechts zu verkennen.³⁹⁾

Zweifellos ist die Wahl des Aufenthaltsortes faktisch an den Berufsort geknüpft. Ein Arbeitnehmer wird gewöhnlich dort seinen Aufenthalt nehmen, wo er durch Ausübung eines Berufes seinen Lebensmittelpunkt begründen will. Aufgrund dieser Verquickung der Freizügigkeit mit der freien Wahl des Arbeitsplatzes sehen manche in Art. 11 GG auch die sog. wirtschaftliche Freizügigkeit geregelt.⁴⁰⁾

37) vgl. DHB-Satzung § 12; Lizenzspielerstatut § 26; Eishockey-Wettkampfordnung Art. 56;

38) § 28 LspSt iVm § 9 Spielordnung;

39) Der Streit, ob Art. 11 GG oder Art. 2 GG die Ausreisefreiheit gewährleistet, kann dahingestellt bleiben, siehe hierzu Maunz-Dürig-Herzog, Art. 11 Rdn. 104/105;

40) Dicke, Verfassungsrechtliche Möglichkeiten und Grenzen der Wirtschaftslenkung in Italien und der BRD, S. 121/122; von Münch, Kommentar zum Grundgesetz, Band I, Art. 11 Rdn. 11 und 12; Hamann/Lenz, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 11 B 2; v. Mangoldt/Klein, Das Bonner Grundgesetz, Band I, S. 348;

Das Recht auf Freizügigkeit umfaßt lediglich die Gewähr, Berufs- oder Betriebsort frei zu wählen, ist aber unabhängig von der rechtlichen oder tatsächlichen Realisierbarkeit, Wohnung und Beruf am neuen Ort zu finden. ⁴¹⁾ Art. 11 GG schafft nur die Voraussetzungen für die Berufsfreiheit aus Art. 12 GG und gewährt dem einzelnen lediglich die Möglichkeit, sein Grundrecht aus Art. 12 GG zu verwirklichen. Wird ihm an dem neuen Ort die Berufsausübung bzw. die Berufsaufnahme untersagt, so ist diese Maßnahme an Art. 12 GG zu messen; das Recht, dennoch an diesem Ort zu verweilen oder sich geographisch zu verändern, bleibt dem einzelnen aber unbenommen, ⁴²⁾ mag auch die Beschränkung der Berufsfreiheit das Motiv sein, vom Recht auf Freizügigkeit keinen Gebrauch zu machen. Wird der mit einer örtlichen Veränderung verbundene Wechsel des Arbeitgebers von einer Freigabegenehmigung seitens des Verbandes abhängig gemacht, so mag diese Beschränkung in das Grundrecht der Berufsfreiheit eingreifen; das Recht aus Art. 11 GG ⁴³⁾ wird davon aber nicht berührt. ⁴⁴⁾

41) Maunz-Dürig-Herzog, a.a.O., Art. 11 Rdn 30;

42) so Bundesverwaltungsgericht Band 3, S. 308, 312; Bundesverfassungsgericht Band 2, S. 266; 6, S. 34; 9, S. 38; 10, S. 371; 12, S. 323; 28, S. 118; in Band 29, S. 194 stellt das BVerfG nur lapidar fest, daß Art. 11 GG nicht verletzt sei, weil eine Beschränkung der Freizügigkeit in und innerhalb der BRD nicht in Frage stand, sondern die konkrete Maßnahme allenfalls das Motiv für den Beschwerdeführer sein konnte, von seinem Recht aus Art. 11 GG keinen Gebrauch zu machen;

43) bzw. Art. 2 GG bei Veränderung ins Ausland;

44) a.A. Börner, a.a.O., S. 93: die berufliche Freizügigkeit wird ebenfalls von Art. 11 GG bzw. Art. 2 GG geschützt.

V. Artikel 12 Grundgesetz

Damit gelangt man zu dem in letzter Zeit aus aktuellem Anlaß viel erörterten Problem der beruflichen Beschränkung des bezahlten Sportlers, sei es, daß die Aufnahme, die Beendigung oder die berufliche Veränderung reglementiert wird. Wenn die Sportverbände auf diesen Gebieten ihre Macht bisher einseitig dazu benutzt haben, ohne Beachtung grundrechtlich geschützter Rechtspositionen den jeweiligen Sportbereich zu disziplinieren, so erscheint dies nur daraus verständlich, daß die gesamte Sportbewegung ihren soziologischen Stellenwert aus dem Ziel der freiwilligen Körpererertüchtigung und Freizeitgestaltung bezog. Mittlerweile aber muß einem Teilbereich des Sports ein ganz anderer Wert beigemessen werden, als Spitzenleistungen nicht mehr nur der eigenen Selbstbestätigung dienen, sondern ideologisch und kommerziell verwertet werden. Durch dieses veränderte Sportbild rückt der bezahlte abhängige Sportler in eine Position, die nicht nur vor den Arbeitgebern, sondern vor allem vor den Verbänden wegen deren allumfassender Normsetzungsgewalt im Kernbereich geschützt sein muß. Besondere Beachtung verdienen dabei Eingriffe und Beschränkungen in bezug auf Art. 12 GG, da dieses Grundrecht die Existenzsicherung und damit eines der fundamentalsten Freiheitsrechte garantiert.

Erst angesichts der Sanktionen, die der Deutsche Fußballbund anläßlich des sogenannten "Bundesligaskandals" verhängte, rückte die Problematik über Zulassung sowie zeitlich und dauernde Beschränkungen des Berufssports in das Bewußtsein der Betroffenen und der Öffentlichkeit. Im Hinblick auf Art. 12 des Grundgesetzes hat bereits PREIS ⁴⁵⁾ das Verhältnis der Lizenzspieler

45) Preis, a.a.O.;

zum DFB einer Analyse unterzogen, die jedoch entsprechende Geltung für das Verhältnis eines Verbandes zum abhängigen Berufssportler allgemein beanspruchen kann. Der grundrechtliche Schutz des Art. 12 GG ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts 46) nämlich auf jede sinnvolle Tätigkeit auszudehnen, da nicht nur traditionelle oder rechtlich fixierte Berufsbilder, sondern auch die vom einzelnen frei gewählten atypischen Betätigungen unter den Berufsbegriff aus Art. 12 GG einzureihen sind.

1) Das Lizenzierungssystem an sich

Mit Recht weist PREIS darauf hin, daß die Lizenzierung als solche noch nicht wegen Fehlens eines gesetzlichen Regelungsvorbehalts gegen Art. 12 GG verstößt, da die Privatautonomie eine Unterschreitung der grundrechtlichen Schranken erlaubt und nur hinsichtlich der aufgestellten Bedingungen ihre inhaltlichen Schranken aus den Grundrechten bezieht. 47) Auch bestehen wegen der Zulassung zum Berufssport unter dem Gesichtspunkt der sogenannten "Absperrklauseln" keine Bedenken 48). Verbände können aufgrund ihrer Autonomie Aufgaben und Ziele frei bestimmen, so daß es nicht möglich ist, dem Verband eine Aufgabe aufzuzwingen. Eröffnet ein Verband die Möglichkeit einer berufsmäßigen Sportausübung, so kann ihm nicht generell das Recht abgesprochen werden, berufsbeschränkende Vorschriften zu erlassen; diese sind lediglich inhaltlich an den Grundrechten zu messen.

46) BVerfG Band 7, S. 397; S. 106; 14, S. 22; 17, S. 241; 21, S. 180;

47) Preis, a.a.O., S. 38/39;

48) Preis, a.a.O., S. 41;

2) Die Versagung der Zulassung - "Stufentheorie"

Erfüllt der Bewerber sämtliche satzungsmäßigen Voraussetzungen, so besteht für ihn ein materieller Anspruch auf Zulassung als Berufssportler; formell wird dieser Anspruch überwiegend auf § 826 BGB gestützt.⁴⁹⁾ Soweit die Zulassungsschranken aber ein Hindernis für die Berufsaufnahme darstellen, sind diese im Hinblick auf Art. 12 GG auf ihre Wirksamkeit zu überprüfen.

Die Reglementierung im Berufsbereich wird seit dem Apotheken-Urteil des Bundesverfassungsgerichts⁵⁰⁾ an der sogenannten "Stufentheorie" gemessen, die praktisch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit präzisiert. Demnach kann auf der untersten "Stufe" die Berufsausübung geregelt werden, soweit vernünftige Interessen es zweckmäßig erscheinen lassen. Werden jedoch an die Aufnahme des Berufs (zweite "Stufe") besondere Anforderungen gestellt, so darf eine Beschränkung nur zum Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter ausgesprochen werden. Zur Erreichung dieses Ziels dienen vor allem die subjektiven Zulassungsvoraussetzungen, d.h. Bedingungen, deren Erfüllung in der Einflußsphäre des Betroffenen liegen. Werden hingegen objektive Zulassungsschranken errichtet, d.h. die Zulassung zum Beruf wird an Bedingungen geknüpft, die der persönlichen Einflußnahme entzogen sind (dritte "Stufe"), so kann dies nur zur Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlich schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut gerechtfertigt sein. Ausgehend von dieser "Regelungsskala" muß der Eingriff stets auf der Stufe vorgenommen werden, die

49) vgl. zur Aufnahme in einen Idealverein RGZ Band 106, S. 120; BGH LM § 38 Nr. 3; BGH NJW 1969, S. 316; BGH NJW 1975, S. 771; es macht insoweit keinen Unterschied, ob die Lizenz oder die Aufnahme in einen Verein begehrt wird, da die Auswirkungen in beiden Fällen identisch sind.

50) BVerfG Band 7, S. 377, 397;

das Recht der Berufsfreiheit am wenigsten beschränkt. Die gleichen Maßstäbe, die an die Berufsaufnahme gesetzt werden, müssen auch für die Berufsbeendigung gelten, da in beiden Fällen der Zugang zum Beruf und nicht nur die Art der Ausübung betroffen wird.

Mit der Entscheidung vom 23.3.1960 hat das Bundesverfassungsgericht ⁵¹⁾ noch eine weitere "Stufe" eingeführt, die im Rahmen der Berufsausübung als zweite "Stufe" einzureihen ist. Wird nämlich die Berufsausübung derart reglementiert, daß dies einer Beschränkung der Berufswahl nahekommt, so müssen auch die hierfür entwickelten Grundsätze angewendet werden. Das BVerfG bringt damit zum Ausdruck, daß die Schwere des Eingriffs zu den geschützten Interessen in Relation stehen muß. Für die Zulassung zum Berufssport bedeutet dies, daß nur besonders wichtige Interessen der Verbände eine Versagung der Zulassung rechtfertigen.

Allerdings müssen diese Zulassungsbeschränkungen in den Verbandsbestimmungen konkret enthalten sein, da nur auf diese Weise eine eventuell vom Gericht vorzunehmende Interessenabwägung stattfinden kann und einer willkürlichen Verwehrung der Berufszulassung entgegengetreten werden kann. Vielfach enthalten diese Bestimmungen sogar Zulassungsvoraussetzungen zum Schutz der Aktiven. ⁵²⁾ Andere Bedingungen können nur dann in zulässiger Weise die Berufsaufnahme beschränken, wenn sie mit dem Apotheken-Urteil des Bundesverfassungsgerichts im Einklang stehen. ⁵³⁾

51) Band 11, S. 30;

52) z.B. Bestimmungen über Mindestalter, Versicherung gegen Unfall oder Krankheit und dergl.

53) BVerfG Band 7, S. 377;
Für die in § 12 LspSt aufgestellten Zulassungsbedingungen für den Lizenzfußballspieler vgl. im einzelnen Preis, a.a.O., S. 46 bis 49;

Kommt dem Verband eine Monopolstellung zu, so sind besonders strenge Maßstäbe anzusetzen. In diesem Fall kann sich trotz entgegenstehender Satzung ein Aufnahmezwang und damit eine Zulassung zum Beruf ergeben, "wenn die Rechtsordnung die Berufung auf die satzungsmäßige Aufnahmebeschränkung gerade wegen der Monopolstellung des Verbandes nicht hinnehmen kann und diese daher nichtig oder nur eingeschränkt anwendbar ist".⁵⁴⁾ Dabei sind die berechtigten Interessen des Bewerbers und die des Monopolverbandes bezüglich der Geltung der Aufnahmebeschränkungen abzuwägen. Besonders ist zu berücksichtigen, ob dem Bewerber die Erfüllung der Aufnahmevoraussetzungen zugemutet werden kann und umgekehrt, ob der Verband den mit der Aufnahmebeschränkung verfolgten Zweck durch eine mildere Ausgestaltung der Satzungsbestimmungen erreichen kann.⁵⁵⁾

54) BGH NJW 69, S. 316; und NJW 1975, S. 771;

55) vgl. BGH NJW 1975, S. 772; diese Entscheidung betrifft zwar die Aufnahme in einen größeren Sportverband, jedoch können diese Grundsätze auf die Zulassung zum Berufssport übertragen werden, da beide Sachverhalte in ihren Auswirkungen identisch sind, in beiden Fällen wird nämlich der Zugang zu einer Rechtsposition verwehrt.

- 3) Kontingentierung von Ausländern im Hinblick auf das Diskriminierungsverbot aus Art. 48 des EWG-Vertrages

Eine besondere Beschränkung der Berufsaufnahme taucht dort auf, wo der Sportbetrieb der Nationalität der Aktiven Gewicht beimißt, sei es, daß ein ausländischer Sportler in Deutschland Sport in abhängiger Stellung ausüben möchte oder daß ein deutscher Sportler als Arbeitnehmer im Ausland ein neues Betätigungsfeld finden möchte. Im zweiten Fall berührt die notwendige Freigabe des nationalen Verbandes die Berufsfreiheit aus Art. 12 GG nicht, da der ordnungsgemäße Wechsel des Arbeitgebers durch die "Freigabe" lediglich formell bestätigt wird, die Freigabe also nicht an zusätzliche echte Bedingungen geknüpft wird. 56)

Viele Verbände limitieren die Verpflichtung von Ausländern bzw. deren Beteiligung am Sportbetrieb. 57)

Diese Kontingentierung des Zugangs zum Beruf diskriminiert die betroffene Person gegenüber den übrigen Bewerbern. Die Verbände begründen die zahlenmäßige Begrenzung ausländischer Sportler in den Vereinen damit, daß sportliche Meisterschaften typischerweise auf die Angehörigen eines bestimmten Staatsgebietes beschränkt seien und von einer deutschen Meisterschaft eben nur dann gesprochen werden könne, wenn nur ausnahmsweise ausländische Sportler daran teilnahmen. Dieser Gedankengang ist sicherlich nicht abwegig, jedoch zählt

56) Auch der Freigabe, die bei einem Wechsel im nationalen Bereich ausgesprochen wird, kommt nur deklaratorische Bedeutung zu. Auch in diesem Fall wird lediglich der ordnungsmäßige Wechsel des Arbeitgebers bestätigt. Inwieweit allerdings diese einzelnen Voraussetzungen zulässig sind, bedarf einer gesonderten Prüfung. Die Freigabe als solche bedeutet materiell jedenfalls kein Hindernis.

57) vgl. z.B. § 7 Ziff. 1 c LspSt; § 12 Ziff. 10 der Spielordnung des DHB; Art. 64 der Wettkampfordnung des DEB;

es keineswegs zum Wesen des Sports, daß nationale Meisterschaften auf inländische Teilnehmer beschränkt werden. So sind in einigen Sportbereichen ⁵⁸⁾ auch Ausländer zur Teilnahme an nationalen Meisterschaften berechtigt, wenn sie auf regionaler Ebene für einen inländischen Verein startberechtigt waren oder sind. Durch den überregionalen Leistungsvergleich auf Bundesebene soll nämlich nicht der oder die beste Deutsche, sondern der leistungsstärkste Sportler der Bundesrepublik Deutschland ermittelt werden. Bezugsgröße ist daher nicht die Nationalität, sondern das Staatsgebiet. Darüberhinaus kann sich der Sport nicht auf einen Standpunkt sozialetischer und nationaler Interessen zurückziehen, wenn dieser dadurch verlassen wird, daß die Beteiligten den Sport zum Mittel finanzieller Vorteile ausnützen. Der Athlet "kassiert" ebenso wie der Verein und sogar der Verband ⁵⁹⁾, so daß hier eher der Wirtschafts- als der Sportbereich tangiert wird.

Im Bereich der Europäischen Gemeinschaft enthält Artikel 48 des EWG-Vertrages den Auftrag, innerhalb der Gemeinschaft die Freizügigkeit der Arbeitnehmer ⁶⁰⁾ herzustellen und "jede auf der Staatsangehörigkeit beruhende unterschiedliche Behandlung der Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten abzuschaffen". Dabei deckt sich der Begriff der Freizügigkeit nicht mit dem aus

58) beispielsweise Tennis, Leichtathletik;

59) die Verbände partizipieren prozentual an den Einnahmen aus Veranstaltungen der spezifischen Sportart;

60) Wer Arbeitnehmer im Sinne des Artikel 48 des EWG-Vertrages ist, bestimmt sich nach dem jeweiligen nationalen Recht der Mitgliedstaaten, vgl. Groeben-Boeckh-Thiesing, Kommentar zum EWG-Vertrag, Art. 48, Anm. 3 b; es wird daher auf die obigen Ausführungen zum abhängigen Berufssportler verwiesen;

Artikel 11 GG. Die Freizügigkeit im Sinne der Gemeinschaftsverträge kommt ihrem Inhalt nach einer Beschäftigungsfreiheit nahe, die zwar die Überwindung restriktiver Bestimmungen hinsichtlich Aufnahme und Ausübung einer angebotenen Arbeitsstelle gewährleistet, die jedoch das Recht zur freien Wohnsitzwahl innerhalb der Gemeinschaft nur mittelbar und beschränkt einschließt.⁶¹⁾ Aufgrund seiner Kompetenz aus Artikel 49 des EWG-Vertrages hat der Europäische Rat mit Verordnung vom 15.10.1968⁶²⁾ seinen Auftrag schon vorzeitig erfüllt, die völlige Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft hergestellt und umfassende Diskriminierungsverbote erlassen.

Das Recht der Europäischen Gemeinschaften kann aber nur dort seine Wirkung entfalten, wo durch Zugangsbeschränkungen der wirtschaftliche Bereich berührt wird.⁶³⁾ Daher unterfällt eine sportliche Tätigkeit dann dem Gemeinschaftsrecht, wenn sie einen Teil des Wirtschaftslebens im Sinne von Artikel 2 des EWG-Vertrages ausmacht.⁶⁴⁾ Läßt sich eine solche Betätigung - wie obige Ausführungen gezeigt haben - als entgeltliche Arbeitsleistung kennzeichnen, so gelten die Artikel 48 bis 51 des Vertrages und damit auch die Verordnung 1612/68, ohne daß es auf die Art der

61) Brüggemann, Die Freizügigkeit der Arbeitnehmer im Bereich der Europäischen Gemeinschaften, S. 71;

62) VO Nr. 1612/68, abgedruckt im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 19.10.1968, S. 2, unter L 257;

63) vgl. Artikel 2 des EWG-Vertrages;

64) Urteil des EuGH vom 12.12.1974, Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes, 1974, Heft 8, S. 1405 ff;

Rechtsbeziehungen entscheidend ankommt. ⁶⁵⁾ Entgegen dem Wortlaut des Gemeinschaftsrechts und der Verordnung 1612/68 gilt das Diskriminierungsverbot nicht nur für staatliche Behörden, sondern erstreckt sich auch auf sonstige regelnde Maßnahmen im Bereich des Arbeits- und Dienstleistungsrechts. Das Ziel des EWG-Vertrages würde nämlich dadurch gefährdet, wenn staatliche Schranken aufgehoben würden, jedoch privatrechtliche Vereinigungen kraft ihrer Autonomie derartige Hindernisse an ihre Stelle setzten. ⁶⁶⁾ Das Kontingentierungsverbot aus Artikel 4 Abs. I der Verordnung muß daher auch auf private Normen ausgedehnt werden. ⁶⁷⁾

Aus dieser Sachlage heraus hat der DFB schließlich § 7 Ziff. 1 c des LspSt ⁶⁸⁾ neu gefaßt und behandelt Angehörige eines EG-Mitgliedstaates nicht als Ausländer. Formal wird daher der Zugang zum Berufssport von einer diskriminierenden Schranke befreit. Ebenso kennen der Eishockey- und Handballsport keine Bedingungen, welche die Aufnahme einer bezahlten sportlichen Arbeit durch nationale Kontingentierung begrenzen.

Das Recht der Freizügigkeit verwirklicht sich in der Europäischen Gemeinschaft aber nicht allein im Zugang zu einer wirtschaftlichen Betätigung, sondern umfaßt auch das Recht auf Ausübung. Die Sportverbände anerkennen daher nur scheinbar das Diskriminierungsverbot, indem sie der Aufnahme der sportlichen Tätigkeit und

65) Urteil des EuGH a.a.O.,

66) Urteil des EuGH a.a.O.; vgl. auch Preis, a.a.O., S. 52;

67) dies geht letztlich auch aus Artikel 7 Abs. IV der Verordnung hervor, wonach das Diskriminierungsverbot sowohl für Einzelarbeitsverträge als auch für Kollektivvereinbarungen gilt;

68) dieser seit 1.9.1976 geltenden Vorschrift entsprach § 12 Ziff. d des Bundesligastatuts;

damit der Begründung von sportlichen Arbeitsverhältnissen keine Hindernisse hinsichtlich der Nationalität entgegensetzen, in der Spielordnung aber lediglich den Einsatz einer bestimmten Zahl von Ausländern gestatten, ohne zwischen EG-Angehörigen und den übrigen Ausländern zu unterscheiden.⁶⁹⁾ Durch diese Beschränkung der Ausübung wird das Diskriminierungsverbot aus Artikel 48, 49 der Verträge in Verbindung mit der Verordnung 1612/68 unterlaufen.⁷⁰⁾ Dabei ist unbeachtlich, daß die Handball- und Eishockeyvereine in der Praxis regelmäßig auf Spieler aus Jugoslawien, Tschechoslowakei, Schweden oder Finnland zurückgreifen, also auf Spieler, die keinem EG-Staat angehören. An der Aushöhlung des Gemeinschaftsrechts ändert auch nichts, daß der Eishockeysport den Begriff des "Eishockeydeutschen" konzipiert hat. Nach Artikel 64 Ziff. 2 und 3 der Wettkampfordnung gilt ein ausländischer Spieler dann als Deutscher, wenn er mindestens drei Jahre in einer Jugendmannschaft gespielt hat oder seinen Aufenthalt und seine Arbeitstätte während dieses Zeitraums in der Bundesrepublik Deutschland hatte. Kommt damit die Diskriminierung nur in abgeschwächter Form zum Ausdruck, so beschränkt sie den betroffenen Spieler doch zumindest während dieser drei Jahre in der Möglichkeit, den Eishockeysport auszuüben. Solange die Sportverbände im Lizenzfußball, Handball und Eishockey den Begriff des "Ausländers" in ihren Spielordnungen nicht differenzieren und die Angehörigen eines EG-Mitgliedslandes wie die übrigen Ausländer behandeln, stehen diese Bestimmungen im Widerspruch zum Gemeinschaftsrecht und sind daher unwirksam.

69) vgl. im Fußball § 22 Ziff. 2 der Spielordnung; im Handball § 12 Ziff. 10 der Spielordnung; im Eishockey Artikel 64 Ziff. 1 der Wettkampfordnung;

70) vgl. Steindorff, Berufssport im Gemeinsamen Markt, RIW/AWD 1975, Heft 5, S. 255;

Wenn bereits die Limitierung gegen Gemeinschaftsrecht verstößt, so gilt dies erst recht bei einer völligen Aussperrung ausländischer Berufssportler. Im Anschluß an das Urteil des EuGH vom 12.12.1974 ⁷¹⁾ legte STEINDORFF ⁷²⁾ überzeugend dar, daß nationale Beschränkungen dort nicht gelten dürfen, wo Vereine, Verbände oder dergleichen als Arbeitgeber von Sportlern tätig sind und der Sport dadurch zu einer wirtschaftlichen Tätigkeit wird. Deshalb sind all jene Satzungsbestimmungen unanwendbar, soweit Berufssportler nur im Rahmen einer begrenzten Kontingentierung zur Mitwirkung zugelassen werden oder ihnen generell die Möglichkeit genommen wird, in einem ausländischen Verein einen neuen Arbeitgeber zu finden. Der Europäische Gerichtshof hatte schon bald Gelegenheit, über diese sogenannten "Ausländersperren" nationaler Sportverbände ⁷³⁾ zu befinden. Das Gericht stellte fest, daß derartige Satzungen gegen die Bestimmungen über die Freizügigkeit der Berufswahl innerhalb der Europäischen Gemeinschaft verstoßen. ⁷⁴⁾ Es bleibt abzuwarten, wann und wie die jeweiligen Verbände auf die Entscheidungen des EuGH reagieren werden.

71) in: Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes, 1974, Heft 8, S. 1405 ff;

72) Steindorff, Berufssport im Gemeinsamen Markt, RiW/AWD 1975, Heft 5, S. 253 ff;

73) Der italienische Fußballverband hat bereits vor Jahren für die Mannschaften der höheren Ligen den Einsatz ausländischer Spieler strikt verboten, weil man sich davon eine Steigerung des spielerischen Niveaus versprach; ebenso rigoros, aber unter entgegengesetzten Vorzeichen handelte Argentinien's Fußballverband, der bis nach der Weltmeisterschaft 1978 im eigenen Land allen Nationalspielern einen Wechsel in die Fremde verbot.

74) Anlaß des Verfahrens war die Klage eines italienischen Spielervermittlers. Dieser verklagte den Präsidenten eines italienischen Fußballvereins, der ihn mit der Suche nach einem guten Spieler beauftragt hatte. Unter Hinweis auf die vom Verband verhängte Ausländersperre verweigert der Präsident nämlich die Erstattung der Unkosten, die für die Suche eines ausländischen Spielers entstanden sind. vgl. Pressemitteilung Südd. Zeitung vom 17./18.7.1976 = Urteil d. EuGH v. 14.7.76 Rs 13/76, NJW 76, 2068.

Viele sehen in dieser Rechtsprechung eine Gefahr für die Nachwuchsarbeit im Jugendsport, da die Vereine immer nur "fertige" Spieler aus dem Ausland einkaufen und an einem zielstrebigem Aufbau der vereinseigenen Jugendmannschaften nicht interessiert sind. Dieser Mahnung ist aber folgendes entgegenzuhalten:

Für den Idolen nacheifernden Jugendspieler stellt der "Import" einen hervorragenden Trainingspartner und Lehrmeister dar, was sich wiederum fördernd auf seine Leistungsstärke auswirkt. Darüberhinaus sind dem "Zusammenkaufen" von Spielern oftmals schon finanzielle Grenzen gesetzt, so daß sich die Vereine heute bereits wieder intensiver auf die Förderung der Sportjugend besinnen. Außerdem sei noch auf die vom EuGH betonte beschränkte Wirkung des Gemeinschaftsrechts hingewiesen; so widerspricht es den Regeln der Freizügigkeit innerhalb der Europäischen Gemeinschaft auch in Zukunft nicht, wenn in die Nationalmannschaften nur Spieler des eigenen Landes berufen werden. Denn trotz Integration der europäischen Staaten lebt ein Sportvergleich auf internationaler Ebene vom nationalen Bezug der beteiligten Auswahlmannschaften. In diesem Fall stehen ausschließlich sportliche Interessen im Vordergrund, was daraus ersichtlich wird, daß ohne eine arbeits- oder dienstrechtliche Bindung zum Verband freiwillig einer Berufung in die Nationalmannschaft gefolgt wird. Die Motivation für den jungen Athleten, in den Kreis der Besten aufzusteigen, bleibt daher erhalten.

Eine konsequente Realisierung der Freizügigkeit in der Gemeinschaft würde theoretisch die Möglichkeit eröffnen, an einer deutschen Meisterschaft mit einer Mannschaft teilzunehmen, die sich aus den besten Akteuren Italiens, Englands, Hollands, Belgiens und Frankreichs zusammensetzt. Noch plastischer dargestellt könnte die englische oder italienische Nationalmann-

schaft als Vereinsmannschaft am Sportbetrieb um die deutsche Meisterschaft teilnehmen. Dieses Ergebnis wirkt befremdend, erscheint jedoch in einem anderen Licht, wenn man es auf seine praktische Realisierbarkeit ausleuchtet. Zum einen sind Spitzenathleten anderer Nationalitäten aufgrund ihrer Mentalität nicht ohne weiteres "verpflanzbar"; zum anderen setzen die finanziellen Mittel regelmäßig eine natürliche Schranke gegen die Konzentration von ausländischen Spitzensportlern. Als Arbeitnehmer sind nämlich nur diejenigen Berufssportler fremder Nationalität interessant, die bessere sportliche Leistungen erzielen als inländische Kollegen. Dies allerdings bringt für den Arbeitgeber entsprechend hohe finanzielle Belastungen, die auf Dauer weder von Gönnern, Werbefirmen oder aus Einnahmen der Sportveranstaltungen getragen werden können. Außerdem wäre es rein theoretisch möglich, daß ein von Gastarbeitern gegründeter Sportverein sich im Laufe mehrerer Jahre für die höchste Spielklasse qualifiziert und damit an der Ausspielung der nationalen Meisterschaft teilnehmen könnte. Mit welcher Begründung könnte ein Verband dies unterbinden, wenn er die Beteiligung am allgemeinen Spielbetrieb bisher gestattete?

Schließlich sei noch betont, daß die Faszination der Massen am Sport auf der Identifizierung mit dem Wettkämpfer bzw. der Mannschaft beruht und daher einen nationalen Bezug verlangt. In Hamburg, Köln, Berlin, Stuttgart oder München würden daher nur wenige Zuschauer ein italienisches oder englisches Team unterstützen. Der Reiz des Wettkampfes und allein die sportliche Leistung können ein Publikum nur kurze Zeit fesseln; stellt die Veranstaltung aber einen Teil einer längerdauernden Wettkampfserie dar, so knüpft sich das Interesse der zahlenden Zuschauer an das Schicksal "ihrer" Mannschaft. Für den Verein oder sonstigen Arbeitgeber bildet das Publikum die wirtschaftliche Basis; daher wird ein Verein immer darauf bedacht sein, überwiegend solche Spieler einzusetzen, die den Anhängern bekannt sind und mit denen sie sich

verbunden fühlen.

Wenn ein Sportverband die theoretischen Konsequenzen fürchtet, muß er deshalb nicht schon reglementierend in den Arbeitsmarkt eingreifen; er kann vielmehr den EG-Ausländern absolute Freizügigkeit einräumen, da sich die theoretischen Folgen in der Praxis gar nicht realisieren lassen.

4) Die Ablöseregelung

In vielen Sportarten werden heute bei einem Wechsel des Arbeitgebers sog. Ablösezahlungen an den abgebenden Verein als Entschädigung für die investierte Trainingsarbeit und den Verlust eines leistungsstarken Spielers bezahlt. Im Lizenzfußball besteht eine offizielle Regelung über die Transfersumme, die sogar mit der zukünftigen Spielerlaubnis verknüpft ist.⁷⁵⁾ Nach seinen Statuten kennt der Eishockeysport eine solche Regelung nicht, jedoch wird in dieser Sportart das Einverständnis des abgebenden Vereins "erkauft", um auf diese Weise die drohende Spielsperre von 18 Monaten zu umgehen. Seit einiger Zeit bemüht sich auch der Handballsport um Einführung einer Ablöseregelung, wozu sich der Bundestag des Deutschen Handballbundes aber bisher nicht durchringen konnte.⁷⁶⁾ Der Bundesligaarbeitskreis des DHB will daher durch eine Änderung der Spielordnung auf den Spuren des Deutschen Eishockeybundes wandeln, indem eine sechsmonatige Spielsperre bei Vereinswechseln nur dann entfällt, wenn der abgebende Verein dem Wechsel zustimmt.⁷⁷⁾ Es leuchtet ein, daß diese Zustimmung dann wiederum durch eine entsprechende Ablösesumme erkauft wird.

75) vgl. § 26 iVm § 29 LspSt, § 28 LspSt;

76) siehe Pressenotiz Südd. Zeitung vom 24. und vom 26.4.1976;

77) vgl. Pressenotiz Südd. Zeitung vom 17.8.1976;

Die Vereine sind angesichts der Finanzmiseren auf Ablösezahlungen geradezu angewiesen.⁷⁸⁾ Andererseits führten astronomische Ablöseforderungen bereits dazu,⁷⁹⁾ daß Berufssportler keinen neuen Arbeitgeber fanden. Das Recht auf freie Wahl des Arbeitsplatzes besteht für die Betroffenen nur auf dem Papier und wird durch die Ablöseregelungen total beschränkt. Da der Berufssportler auf das wohlwollende Verhalten seines bisherigen Vereines angewiesen ist, entpuppt sich diese Einrichtung als objektive Zulassungsschranke. Daran ändert auch nichts, daß der Spieler die Höhe der Ablöseforderung durch einen Schiedsgutachter feststellen lassen kann.⁸⁰⁾ Auch darf diese Beschränkung der Berufsfreiheit nicht dadurch verharmlost werden, daß manche Spieler ihre Ablöse selbst zahlen⁸¹⁾ oder daß der neue Verein in der Regel bezahlt. Abgesehen davon, daß die einzelnen Spieler selten zur Zahlung sechsstelliger Beträge im Stande sind, befleißigen sich heute immer mehr Vereine einer wirtschaftlichen Denkungsweise und sind nicht mehr zur Zahlung von Ablösesummen in jeder Höhe bereit.

Die "Leibeigenschaft" der Spieler tritt vor allem unter steuerrechtlichen Aspekten hervor. Danach stellen Ablösezahlungen Anschaffungskosten für ein abnutzbares, immaterielles Wirtschaftsgut des Anlagevermögens dar, das in der Steuerbilanz wertmäßig anzusetzen ist und in Jahresraten abgeschrieben werden kann.⁸²⁾

78) vgl. Pressenotiz Südd. Zeitung vom 11. und 13./14.11.1976;

79) vgl. Pressenotiz Südd. Zeitung vom 20. und 21.7.1976;

80) z.B. gemäß § 30 Ziff. 4 LspSt;

81) vgl. Pressenotiz Südd. Zeitung vom 7./8.8.1976;

82) Hartz-Meeßen-Wolf, ABC-Führer Lohnsteuer, Anm. 112 d; hinsichtlich der Absetzung siehe Erlaß des Finanzministeriums von Nordrhein-Westfalen vom 26.7.1974; Der Betrieb 1974, S. 2085;

Vor diesem Hintergrund muß das aufsehenerregende Urteil des Schweizer Bundesgerichts ⁸³⁾ gesehen werden, das die gegenwärtige Regelung über Ablösesummen im Fußball ⁸⁴⁾ für gesetzeswidrig erklärte. Der abhängige Sportler habe wie jeder andere Arbeitnehmer das Recht auf freie Wahl seines Arbeitsplatzes, das durch die Drohung einer längeren Sperre bei Nichtzahlung der Ablösesumme in unzumutbarer Weise eingeschränkt werde. Zwar kann das Urteil noch mit der Revision angegriffen werden, jedoch würde eine Ablehnung dieses Rechtsmittels zu einer Änderung der Statuten zwingen. Der interessante Aspekt des Urteils ergibt sich daraus, daß das DFB-Lizenzspielerstatut dem der schweizer Nationalliga ähnelt und daher bei einem entsprechenden Musterprozeß in der Bundesrepublik die DFB-Lizenzspielordnung ins Wanken geriete.

Mittlerweile wurde bereits eine parlamentarische Anfrage an die Bundesregierung gerichtet, wie die Praxis der Fußball- und Eishockeyverbände im Hinblick auf Art. 12 des Grundgesetzes zu werten und zu behandeln sei. ⁸⁵⁾

Prüft man den Zusammenhang zwischen Vereinswechsel und Ablösezahlung auf seine Wirksamkeit, so fragt sich angesichts der Stufentheorie des Bundesverfassungsgerichtes, ob dem legitimen Interesse der Sportler auf freie Wahl des Arbeitsplatzes überragend wichtige Interessen der Verbände und Vereine gegenüberstehen und deshalb die derzeitige Handhabung legitimieren? Ablöseregeln dienen nämlich überwiegend den wirtschaftlichen Interessen der Vereine und bezwecken nur

83) siehe Pressenotiz Südd. Zeitung vom 6.10.1976;

84) das Urteil hatte zwar nur die Regelungen im Fußball zum Gegenstand, jedoch ergibt sich aus dem Wortlaut der Begründung, daß die Entscheidung auch für die Eishockeyvereine gelten würde.

85) zur Anfrage des Bundestagsabgeordneten Meinike (Oberhausen) siehe Bundestagsdrucksache 7/5948 vom 13.12.76.

nebenbei die Eindämmung der Fluktuation von Spielern aus sportlichen Gesichtspunkten. Es wäre sicherlich ungerecht, wenn ein Verein für die Ausbildung und Leistungsverbesserung seiner Spieler besonders viel Zeit und Engagement aufbringt, zahlreiche Sportler zur Leistungsspitze heranzuführt, aber die Früchte dieser Bemühungen und Investitionen von einem anderen Verein geerntet würden, weil dieser dem Athleten ein lukratives Angebot unterbreitet. Es ist daher nicht zu leugnen, daß der Verein eine gewisse Entschädigung für seine Vorleistungen erhalten muß. Der finanzielle Interessenausgleich zwischen den Vereinen darf aber nicht uneingeschränkt zu Lasten des Berufssportlers abgewickelt werden.⁸⁶⁾ Dieser Ausgleich zwischen den Arbeitgebern stellt für den betroffenen Spieler eine objektive Schranke dar und ist nur dann über seine Interessen zu stellen, wenn die Ablöseregelung das einzige Mittel wäre, um den wirtschaftlichen Interessen der Vereine zu genügen.

Im allgemeinen Arbeitsleben ist bei einer beruflichen Veränderung ein finanzieller Ausgleich zwischen den Arbeitgebern bislang unbekannt. Wird in einen Arbeitnehmer eine Ausbildung investiert, so riskiert der Arbeitgeber, daß diese Investition nicht mehr in Form qualifizierter Leistungen in den Betrieb zurückfließt, da der Arbeitnehmer frühzeitig die Arbeitsstelle wechseln möchte. Weniger das Wettbewerbsverbot als vielmehr die vom BAG in gewissem Umfang zugelassenen Rückzahlungsklauseln⁸⁷⁾ schaffen in diesem Fall einen gerechten Interessenausgleich. Im Gegensatz zu den Ablöseregelungen wird dem Arbeitnehmer hier ein gestaltender Einfluß gewährt und sei es nur, daß er die

86) vgl. dazu auch Preis, a.a.O., S. 60;

87) BAG in AP Nr. 25, 29 zu Art. 12 GG;

Ausbildung unter der Bedingung einer modifizierten Rückzahlungsvereinbarung erhält. Zur Wahrung der Vereinsinteressen scheint sich daher auch im Berufssport die Rechtsbeziehung zwischen Verein und Spieler eher anzubieten, da in diesem Verhältnis der Spieler auf Angelegenheiten Einfluß nehmen kann, die ihn unmittelbar betreffen.

Die Beschränkung des Rechts auf freie Arbeitsplatzwahl durch die Vereinbarung von Rückzahlungsvorbehalten beruht auf dem Prinzip der Vertragsfreiheit. Das BAG hält derartige Klauseln für zulässig, "wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls nach Treu und Glauben dem Arbeitnehmer zuzumuten sind und vom Standpunkt eines verständigen Betrachters einem begründeten und zu billigendem Interesse des Arbeitgebers entsprechen." ⁸⁸⁾ Der Geltungsbereich derartiger Klauseln beschränkt sich aber auf Gratifikationszahlungen oder Kosten für eine Ausbildung, also auf freiwillige soziale Leistungen des Arbeitgebers. ⁸⁹⁾ Nachdem die Ausbildung des Berufssportlers keine freiwillige Leistung seitens des Arbeitgebers darstellt, sondern die Steigerung der technischen Fertigkeiten und Erhöhung der physischen Leistungskraft Inhalt des Arbeitsvertrages sind, kann insoweit ein Rückzahlungsvorbehalt nicht vereinbart werden. ⁹⁰⁾ Außerdem läßt sich mit Art. 12 des Grundgesetzes und § 138 BGB nach der Rechtsprechung des BAG nur eine maximale Bindung von 3 Jahren vereinbaren. ⁹¹⁾ Selbst wenn man mit SCHAUB ⁹²⁾ eine fünfjährige Bindungszeit im Einzelfall für zulässig erachtet, sieht sich der abgebende Verein nach Ablauf

88) BAG in AP Nr. 25 und 29 zu Artikel 12 GG;

89) vgl. Böttcher, Die Verpflichtung zur Rückzahlung von Arbeitgeber-Leistungen als Mittel der Arbeitsplatzbindung, AuR 1965, S. 161; Arnim, Rückzahlungsklauseln bei sog. freiwilligen sozialen Leistungen des Arbeitgebers, RdA 1970, S. 257;

90) BAG in AP Nr. 26 zu Artikel 12 GG;

91) vgl. BAG in AP Nr. 25 und 29 zu Artikel 12 GG;

92) Schaub, Handbuch des Arbeitsrechts, S. 723;

dieser Frist um die Früchte seiner intensiven Aufbau- und Trainingsarbeit gebracht, da der Rückzahlungsanspruch entfallen ist.

Bei Zulässigkeit derartiger Rückzahlungsvorbehalte im Berufssport ⁹³⁾ würden sich die Ausgleichspflichten lediglich von den Vereinen auf die Spieler übertragen, die sich praktisch "freikaufen" müßten. Angesichts seines Wertes auf dem "Spielermarkt" würde die Rückzahlungspflicht den Sportler in seiner Existenz beträchtlich gefährden, wozu es aber nur deshalb nicht kommen wird, weil der neue Verein wegen seines starken Interesses an dem Spieler die Rückzahlung übernehmen wird. Damit entpuppt sich der Rückzahlungsvorbehalt als verkappte Ablöseregelerung. Die größte Schwierigkeit bestünde aber darin, daß eine Berechnungsgrundlage für die investierten Leistungen kaum ermittelt werden könnte. ⁹⁴⁾

Um die wirtschaftlichen Interessen der Vereine zu wahren und andererseits den Sportlern einen gestalten- den Einfluß einzuräumen, bietet sich daher folgende Lösung an:

Der Spieler vereinbart mit seinem Arbeitgeber im Arbeitsvertrag die Limitierung der Ablösesumme oder setzt diese sogar konkret fest. ⁹⁵⁾ Auf diese Weise

93) für die Zulässigkeit vgl. Preis, a.a.O., S. 61;

94) welchen Betrag soll der Sportler zurückzahlen? Wie berechnet sich sein Wert, wenn er dank intensiver Trainingsarbeit zum Stamm- oder sogar National- spieler avancierte? Das Gehalt einschließlich der Prämien stellt nämlich echtes Arbeitsentgelt dar und keine darüberhinausgehende Zusatzleistung, die in den Arbeitnehmer investiert wurde.

95) Dieser Möglichkeit bediente sich bisher lediglich der Lizenzfußballspieler Lippens, der mit seinem ehemaligen Verein Rot-Weiß Essen die Ablösesumme auf maximal 50.000.-- DM beschränkte. Aber auch im Eishockey existieren Vereinbarungen, wonach ein Verein die Freigabe nicht von der Zahlung einer Ab- löse abhängig machen darf; dies ist das Ergebnis einer persönlichen Anfrage beim SC Riessersee.

erfolgt ein Finanzausgleich zwischen den Vereinen, wobei die Höhe der Ablösesumme begrenzt wird durch eine vertragliche Vereinbarung zwischen dem abgebenden Verein und dem betroffenen Akteur. Das "Außenverhältnis" wird durch das "Innenverhältnis" modifiziert, indem der betroffene Spieler auf die künftigen Voraussetzungen eines Arbeitsplatzwechsels gestaltend einwirkt. Dadurch wird beiden Parteien in gehöriger Weise Rechnung getragen; denn der Verein erhält seine Entschädigung, der Spieler bestimmt deren Höchstgrenze. Bei dieser Lösung bestehen auch keine Bedenken, daß eine der Parteien ihre Machtposition überproportional durchsetzen könnte. Einerseits ist der Verein an einer Verstärkung durch neue Spieler, die sich durch entsprechenden Leistungen empfohlen haben, stark interessiert, andererseits muß dem wechselnden Arbeitnehmer bewußt sein, daß der Verein mindestens den Kaufpreis später wieder erzielen möchte, da der Spieler sonst zu teuer und damit uninteressant wird. Außerdem könnte die Ablösesumme auch im Einzelvertrag gestaffelt werden, d.h. für jeden Einsatz in der Nationalmannschaft - danach bemißt man heute allgemein den Wert an der "Spielerbörse" - könnte der Verein berechtigt werden, die vereinbarte Ablösesumme prozentual zu erhöhen. Wenn die Akteure imstande sind, ihre hohen Gehaltsforderungen durchzusetzen, so müßte dies auch bei der Bestimmung der Ablösesumme möglich sein. Auf diese Weise entgingen sie der Gefahr, wegen überzogener Ablöseforderungen keinen neuen Arbeitgeber zu finden.

Nachdem die offiziellen Ablösebestimmungen ein solches Dreiecksverhältnis nicht verbieten, greifen sie nicht in unzumutbarer Weise in das Freiheitsrecht aus Art. 12 GG ein. Es liegt allein an den Spielern selbst, die Möglichkeit der Vertragsfreiheit besser zu nutzen. Im Gegensatz zur Auffassung von PREIS⁹⁶⁾ sind daher

96) Preis, a.a.O., S. 63;

§ 26 Ziff. 2 b und die §§ 29 bis 33 LspSt nicht nichtig. Die Schöpfer des Grundgesetzes hatten beim Recht der freien Arbeitsplatzwahl sicherlich nicht den Arbeitnehmer vor Augen, der sich in Gehaltskategorien von ca. 250.000.-- DM im Jahr bewegt. Nicht die Abschaffung, sondern die Verbesserung der Ablöseregelung muß daher das erklärte Ziel sein.

Man sollte auch bedenken, daß das Ausbildungsziel vieler Amateurvereine gerade darauf gerichtet ist, das Leistungsniveau talentierter Spieler soweit anzuheben, um professionellen Anforderungen gewachsen zu sein und der Verein mit einem "Verkauf" zur Selbstfinanzierung beiträgt. Ein gänzlicher Wegfall der augenblicklichen Ablösepraxis würde schließlich dazu führen, daß sich die Vereine mit den Angeboten hinsichtlich der Spielerbezüge gegenseitig überträfen und sich letzten Endes die Spitzenathleten in wenigen reichen Clubs vereinten. Damit aber würde man dem gesamten Sportbetrieb den Reiz des Wettkampfes, des echten Leistungsvergleiches entziehen. Die Folge wäre ein rascher finanzieller Verfall der Vereine und letztlich die Gefährdung des gesamten Berufssports. 97)

97) vgl. zum Problem der Ablösesummen auch die Fernseh-sendung vom 11.10.1976 im 1. Programm der ARD, "Goldene Ketten" - Menschenhandel im Profifußball? In diesem Film wurde deutlich, daß sich die Spieler ihrer Abhängigkeit und der Einschränkung ihres Rechts auf freie Wahl des Arbeitsplatzes durchaus bewußt sind, angesichts der finanziellen Verdienst- und Statusmöglichkeiten aber in Kauf nehmen. Auch werden die Gefahren für den Berufssport allgemein bei einem völligen Wegfall der Ablösesummen erkannt, so daß allenfalls eine Novellierung der gegenwärtigen Praxis angestrebt werden sollte. Fazit: Ein außergewöhnlicher Beruf berechtigt zu außergewöhnlichen Begleitumständen und Modalitäten.

Wie die hier vertretene Auffassung wohl auch BUCHNER, Die Rechtsstellung der Lizenzspieler, NJW 1976, S. 2242, 2246: Lizenzspieler, die das Ligasystem benützen, müssen bereit sein, zu seiner Sicherung durch Einhaltung der erforderlichen Verhaltenspflichten und Belastungen beizutragen. Wenn die Vereine für die Ablöseregelung berechnete Interessen geltend machen können, denen gegenüber die schutzwürdigen Belange der Spieler zurücktreten müssen, so stehen die arbeitsrechtlichen Grundsätze zur Arbeitnehmermobili-

Mit Urteil vom 13.11.75 ⁹⁸⁾ hat der BGH unter beiläufiger Nennung verschiedener Gesichtspunkte ⁹⁹⁾ das System der Ablöseregulation im Berufssport offensichtlich anerkannt, ohne allerdings in einer näheren Analyse das System innerlich zu rechtfertigen. Selbst bei grundsätzlicher Bejahung der geltenden, dem Arbeitsrecht fremden Ablösepraxis muß dieser Regelung dort entschieden entgegengetreten werden, wo ein Mißverhältnis zwischen Gehalt, Prämien, Leistungsvermögen und zeitlicher Bindung einerseits und geförderter Ablösesumme andererseits zu untragbaren Zuständen führt. In einzelnen Fällen ¹⁰⁰⁾ verhinderten nämlich überhöhte Ablösesummen einen Wechsel zu einem anderen Verein und verurteilten den Berufssportler damit zur Arbeitslosigkeit, da sein bisheriger Arbeitgeber sich auch nicht bereit fand, einen neuen Arbeitskontrakt mit ihm abzuschließen. Es kann aber nicht angehen, den arbeitslosen Sportler auf die Unterstützung des Arbeitsamtes zu verweisen und die Existenzsicherung von Berufssportlern damit auf die Allgemeinheit abzuwälzen, während eine Arbeitsaufnahme gerade durch das Verhalten des bisherigen Arbeitgebers verhindert wird. Die rechtliche Position des betroffenen Sportlers - einerseits besteht keine vertragliche Bindung mehr, andererseits wird ihm keine Freigabe für einen anderen Arbeitgeber-Verein erteilt - ist vergleichbar mit der beim Wettbewerbsverbot.

Das BAG hat eine derartige Wettbewerbsbeschränkung grundrechtlich anerkannt. ¹⁰¹⁾ Verbindlich ist eine

98) BGH NJW 1976, S. 565 ff;

99) z.B. Entdeckung, Ausbildung und Förderung der Spieler durch den Verein;

100) vgl. Pressenotiz Südd. Zeitung vom 20. u. 21.7.76;

101) BAG in AP Nr. 7, 20 zu Art. 12 GG; AP Nr. 3 zu § 133 f GewO; AP Nr. 21 zu § 611 BGB "Konkurrenzklausele"; AP Nr. 18 zu § 133 f GewO; AP Nr. 24 zu § 611 BGB "Konkurrenzklausele";

solche Vereinbarung nach Ansicht des BAG aber nur dann, wenn dafür eine Entschädigung geleistet wird, die dem entspricht, was § 74 Abs. 2 HGB vorschreibt. Allerdings darf das berufliche Fortkommen nicht unbillig erschwert werden, was regelmäßig dann der Fall ist, wenn die Vereinbarung einer beruflichen Abstinenz die Dauer von zwei Jahren überschreitet.

Auch unter Anwendung dieser Rechtsprechung des BAG kann das aufgezeigte Problem nicht gelöst werden. Das BAG hat die zeitliche Bindung mit maximal zwei Jahren großzügig bemessen. Wenn im Eishockeysport nach Ablauf der 18-monatigen Spielsperre automatisch wieder die Spielberechtigung eintritt und der Fußballprofi bei einem vertragslosen Zustand von mehr als 2 Jahren wegen Erlöschens der Lizenz (§ 13 Ziff. 1 LspSt) auch g e g e n den Willen seines ehemaligen Vereins wechseln kann, so hält sich diese Praxis durchaus im Rahmen der BAG-Rechtsprechung.

Eine sittenwidrige Knebelung im Sinne von § 138 BGB kann aber darin liegen, wenn der bisherige Verein seinem Spieler keinen neuen Vertrag anbietet, die Spielberechtigung für einen anderen Verein aber von einer "Entschädigungszahlung" abhängig macht. Durch seinen Verzicht auf eine arbeitsrechtliche Bindung dokumentiert der Verein nämlich, daß er auf die Dienste seines ehemaligen Arbeitnehmers "keinen Wert mehr legt"; dann aber kann von einem potentiellen neuen Arbeitgeber auch keine Entschädigung gefordert werden.

Für die Lösung des Problems müssen die Zusammenhänge zwischen vertraglichen Konditionen, zeitlicher Bindung, beruflichem Können und Höhe der Ablösesumme herausgestellt und in Zukunft noch klarer herausgearbeitet werden. Die Höhe des zugesicherten Gehalts und die

Beurteilung der sportlichen Leistungsfähigkeit bilden die Hauptfaktoren zur Berechnung der Ablöseentschädigung, aus der wiederum Rückschlüsse für die vertraglichen Konditionen gezogen werden können. Diese Koppelung von Vertrag und Ablösesumme bedeutet, daß der Verein bei "guten" Vertragsangeboten von seiner Seite auch eine entsprechend hohe, bei "schlechten" Verträgen nur eine geringe Ablösesumme fordern kann. Je geringer die Ablöse aber festgesetzt wird, um so höher steigt die Chance der Zahlungsbereitschaft von einem neuen Arbeitgeber-Verein. Mit Fixierung der Ablösesumme setzt der Verein den Marktwert des Spielers fest und wegen der Koppelung mit den Vertragsbedingungen auch den Wert für den Verein.

Mit Beendigung des zeitbeschränkten Arbeitsverhältnisses müssen Spieler und Arbeitgeber-Verein die künftige Entwicklung ihrer Rechtsbeziehung klarstellen. Dabei sind folgende Fallkonstellationen denkbar:

1. Beide Parteien sind an der Fortführung bzw. einer Erneuerung des Arbeitsverhältnisses interessiert. In diesem Fall muß der Spieler seinen Arbeitgeber zur Abgabe eines Vertragsangebotes auffordern. Unter Anwendung des Rechtsgedankens aus § 315 BGB errechnet sich dann aus dem Inhalt des Vertragsangebotes der "Wert" des Spielers und damit die Ablösesumme. Lehnt der Spieler nunmehr einen Vertragsabschluß wegen der angebotenen Bedingungen ab und möchte er entgegen seinem ursprünglichen Wunsch zu einem anderen Arbeitgeber wechseln, so kann er sich auf die bereits errechnete Ablösesumme berufen. Einer eventuell vertraglich fixierten Ablösesumme in niedrigerer Höhe muß wegen Vorrangs der Parteiwillen primäre Bedeutung beigemessen werden.
2. Möchte sich der Spieler beruflich verändern, der Verein aber nicht auf seine Dienste verzichten, so wird durch ein lukratives Vertragsangebot meist wieder eine Basis für die zukünftige Zusammenarbeit gefunden. Beharrt der Spieler jedoch auf seinem Wunsch der

beruflichen Veränderung, so errechnet sich seine Ablöse aus den angebotenen Vertragsbedingungen.

3. Macht der Verein sein Desinteresse an den Diensten des Spielers dadurch ersichtlich, daß er ihm keinen neuen Vertrag anbietet, so fehlt damit eine Berechnungsgrundlage für die Festsetzung einer Ablöse. Der Sportarbeitnehmer wird daher gezwungen, seinen Arbeitsplatz zu wechseln. Fordert der Verein für den "wertlosen" Spieler dennoch eine Ablösezahlung, so muß dieser Degradierung der Sportarbeitnehmer mit dem Argument der sittenwidrigen Knebelung (§ 138 BGB) entgegengetreten werden. Durch die Verweigerung eines neuen Arbeitsvertrages bringt der Arbeitgeberverein zum Ausdruck, daß der Spieler für ihn keinen Wert mehr besitzt. Für die Forderung einer Ablösesumme fehlt daher jede Berechtigung; denn Sinn und Zweck dieser Regelung ist nicht die Rückforderung von Investitionen, sondern ein Ausgleich des geschaffenen "Mehrerts" in Form von gesteigerten Fähigkeiten und Erfahrungen in spielerischer und taktischer Hinsicht. Die Unterbindung des Arbeitsplatzwechsels würde daher in sittenwidriger Weise die berufliche Entwicklung des Arbeitnehmers behindern. Unter Umständen kann sogar ein Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB hergeleitet werden.

Ist der Verein zum Vertragsabschluß also nicht bereit, so kann der Spieler unter Berufung auf § 138 BGB die Freigabe ohne Ablöse verlangen. Der Verein wird daher stets bemüht sein, einen "fairen" Vertrag anzubieten, so daß die hieraus resultierende Ablösesumme den wahren Marktwert ausdrückt. Dies erhöht für den Spieler wiederum die Chance eines Vereinswechsels. Selbstverständlich verschafft sich der Berufssportler eine noch größere Mobilität, wenn er - wie oben vorgeschlagen - die Ablösesumme vertraglich limitiert. Die Aufforderung durch den Arbeitnehmer zur Ausübung des Wahlrechts (neuer Vertrag oder Freigabe), die Koppelung der Ablösesumme an die Vertragsbedingungen und die Annahme

einer sittenwidrigen Knebelung sind wirksame Instrumente, um dem Hochleistungssportler künftig das Los der Arbeitslosigkeit zu ersparen. Wie der Arbeitsvertrag und die Höhe der Ablösesumme aneinander gekoppelt werden und welche Gewichtung den einzelnen wertbildenden Faktoren beigemessen wird, muß einer Ausarbeitung der entsprechenden Verbände im Interesse einer einheitlichen Reglementierung vorbehalten bleiben.

5) Entzug der Lizenz

Die im Zusammenhang mit dem Bundesligaskandal durch den Deutschen Fußballbund verhängten Sanktionen gegen einzelne Lizenzspieler machte zum ersten Male deutlich, welche rechtlichen Probleme sich aus einem zeitweisen oder sogar lebenslangen Spielverbot ergeben. ¹⁰²⁾ Aber nicht nur der Berufsfußball, sondern auch der Pferde- und Radsport bringt Beispiele dafür, daß ein Verband einem Berufssportler die Ausübung seiner Tätigkeit untersagt. ¹⁰³⁾ Man ist sich heute im wesentlichen einig, daß der Sport aus seinem Wesen heraus einer gewissen Disziplinierung bedarf. PREIS ¹⁰⁴⁾ hält sogar ein zeitlich unbegrenztes Spielverbot aus standesrechtlichen Erwägungen für zulässig, wenn sich der Betroffene schwerwiegende Verfehlungen zu Schulden kommen ließ. Ein Verband erschiene unglaublich, wenn er einerseits die ideellen Tendenzen des Sports betone, auf der anderen Seite aber Sportlern mit schlechthin untragbarer Lebensführung die kommerzielle Verwertung der sportlichen Betätigung gestatten würde. Allerdings

102) vgl. zuletzt Pressenotizen in der Südd. Zeitung vom 23.2.; 24.2.; 23.3.; 25.3.; 23.6.1976;

103) vgl. Pressenotiz Südd. Zeitung vom 14.6. und 11.8.1976;

104) Preis, a.a.O., S. 79;

müßten diesem schwerwiegenden Eingriff konkrete Verfehlungen von großem Gewicht zugrunde gelegt werden.

Überschreiten zeitliche Spielverbote eine Dauer von sechs Monaten, so verliert die Maßnahme ihren disziplinierenden Charakter und entwickelt sich zur faktischen Berufssperre. Ein Spielverbot von einem halben, einem, zwei oder mehr Jahren muß nämlich in Relation dazu gesehen werden, daß der Sport als Beruf oder besser der Sport gegen Entgelt nur begrenzte Zeit ¹⁰⁵⁾ ausgeübt werden kann. Neben den enormen finanziellen Einbußen, die der Spieler in diesen Fällen hinzunehmen hat, reduziert sich das Leistungsvermögen mangels Wettkampfpraxis ganz erheblich und hindert den Athleten in seiner künftigen Entwicklung.

Verfassungsrechtliche Bedenken gegen zeitlich begrenzte Spielsperren und Lizenzentzüge äußerten in jüngster Zeit insbesondere SCHMIDT ¹⁰⁶⁾ und VON MÜNCH ¹⁰⁷⁾, in deren Anschluß das Arbeitsgericht Gelsenkirchen mit Urteil vom 22.6.1976 ¹⁰⁸⁾ den DFB verurteilte, sämt-

105) ca. 10 bis 12 Jahre ist ein Sportler regelmäßig in der Lage, körperliche Höchstleistungen zu erbringen;

106) Karl Heinrich Schmidt, Präsident des nordrhein-westfälischen Landessozialgerichts kritisierte den DFB in einem Artikel der Bildzeitung vom 9.4.1976;

107) von Münch, Artikel in der Zeitung "Welt am Sonntag" vom 28.3.1976 und sein Gutachten zur Bundesliga, nicht veröffentlicht, aufgeführt in Blatt 125 der Akten des nachfolgend zitierten Urteils des Arbeitsgerichts Gelsenkirchen;

108) Az 2 Ca 1019/76; Spieler des Bundesligavereins Schalke 04 hatten vor der Staatsanwaltschaft Bielefeld unter Eid falsch ausgesagt und wurden deshalb vom Landgericht Essen (Az KLS 5/75) wegen Meineids zu Geldstrafen verurteilt. Der DFB verhängte daraufhin ein Spielverbot für diese Spieler, die wiederum vor dem Arbeitsgericht Gelsenkirchen gegen den DFB und ihren Arbeitgeberverein Schalke 04 ob dieser Maßnahme klagten.

liche Maßnahmen zu unterlassen, welche die Spieler in ihrer Vertragserfüllung zu ihrem Verein hinderten. 109)

Von der materiellen Aussage her könnte dieses Urteil richtungsweisend für die Zukunft sein und eine Wende in der Praxis der Sportausübungsverbote einleiten. Wenn ein Berufssportler zur Ausübung seiner sportlichen Betätigung einmal zugelassen ist, dann besitzt er eine schützenswerte Rechtsposition, deren Entzug vom rechtsstaatlichen Grundsatz der Gesetzmäßigkeit gedeckt sein muß. Der DFB kann sich diesem Prinzip nicht dadurch entziehen, daß er den Lizenzentzug als Möglichkeit einer fristlosen Beendigung des Arbeitsverhältnisses ¹¹⁰⁾ in Gestalt einer auflösenden Beendigung in die Rechtsbeziehung Verein - Spieler einführt. In Wahrheit handelt es sich nämlich um einen Fall der Gesetzesumgehung. Das Arbeitsverhältnis wird durch das Kündigungsschutzgesetz einerseits und die Vorschriften über die fristlose Kündigung (§ 626 BGB) andererseits unabdingbar in seinem Bestand geschützt. Wenn der DFB für sich das Recht beansprucht, längerwährende oder dauernde Spielsperren auszusprechen, so würde das Recht zur fristlosen Kündigung einem Dritten, nämlich dem Verband überantwortet. Dieses Recht kann aber weder zu Lasten des Arbeitgebers noch

109) Das Urteil dürfte insofern falsch sein, als der DFB keinesfalls beklagte Partei vor dem Arbeitsgericht sein konnte, weder nach § 2 noch nach § 3 ArbGG. Das Arbeitsgericht begründet die Passivlegitimation damit, daß der DFB aufgrund seiner Satzungs- und Vertragsbestimmungen partiell in die Arbeitgeberstellung eingerückt sei, beiden Parteien (Verein und Spieler) jegliche Disposition über das Arbeitsverhältnis entzogen sei und der DFB dem Spieler gegenüber die "Gegenposition" halte. Wenn sich das Gericht insoweit auf GRUNSKY, ArbGG, Rdn. 85 zu § 2 beruft, so übersieht es, daß Arbeitgeber nur derjenige ist, der den Arbeitnehmer beschäftigt. Würde man der Ansicht des Gerichts folgen, so könnte ein Arbeitnehmer vor dem Arbeitsgericht gegen die Gewerkschaft klagen, weil diese einen unbefriedigenden Tarifvertragsabschluß tätigte. Eine Streitverkündung nach § 72 ZPO wäre deshalb geeigneter gewesen, um den DFB in das Verhältnis Verein--Spieler einzubeziehen.

110) gemäß § 7 Abs. 4 der Verträge zwischen Spieler und Verein tritt bei Lizenzentzug automatisch eine

des Arbeitnehmers ausgeweitet oder beschränkt werden.

Des weiteren müssen Eingriffe in die Freiheitsrechte in ihren Voraussetzungen hinreichend präzisiert sein. Wegen der Vielgestaltigkeit des Sports kann man für Disziplinarmaßnahmen die Tatbestände meist nur in Form einer Generalklausel erfassen. Mit der Intensität des Eingriffs muß sich aber auch die Konkretisierung des Tatbestandes verbinden. Gerade unter diesem Gesichtspunkt genügt der DFB den Anforderungen nicht, wenn er die Lizenz wegen "Verlust des guten Leumundes" entzieht. Nach ständiger Rechtsprechung können nämlich Vereinsstrafen und betriebliche Bußen nur an präzis abgegrenzte Tatbestände knüpfen. ¹¹¹⁾

Die stärksten Bedenken gegen ein Spielverbot von längerer Dauer ergeben sich direkt aus Artikel 12 GG. Mit dem Entzug der Lizenz oder der Verhängung einer Spielsperre über sechs Monate hinaus greift der Verband in das Recht der freien Berufswahl ein. Dieses umfaßt nämlich nicht nur das Recht zur Berufsaufnahme, sondern auch zur Berufsbeendigung. Bereits ein zeitlich beschränktes Spielverbot kann praktisch die Beendigung der beruflichen Tätigkeit bedeuten. ¹¹²⁾ Ganz abgesehen davon, ob auf der Grundlage der sog. "Stufentheorie" der Eingriff durch eine konkrete Gefährdung überragend wichtiger Verbandsinteressen gerechtfertigt werden kann, verstößt der DFB und auch der DEB mit seiner derzeitigen Praxis der Spielverbote allein schon aus formalen Gründen gegen das Grundrecht der freien Berufswahl; an dieser Sachlage ändert

111) für Vertragsstrafe siehe LAG Frankfurt, Der Betrieb 1968, S. 987; für betriebliche Bußen siehe BAG in AP Nr. 1 zu § 56 BetrVerfG "Betriebsbuße";

In dem Rechtsstreit zwischen dem Verein Schalke 04, den Spielern und dem DFB haben sich alle beteiligten Parteien mittlerweile unter Umgehung der Grundsatzzfrage über die Rechtmäßigkeit von Lizenzentzügen in einem Vergleich geeinigt (vgl. Pressemitiz Südd. Zeitung vom 6. und 10.12.76);

112) vgl. Schmidt, Der vertraglich geregelte Fußballsport, RdA 1972, S. 93 und Quanz, Sport im Verein, S. 38;

auch das in § 19 a LspSt neu eingeführte Begnadigungsrecht nichts. Artikel 12 GG spricht nämlich von Beschränkungen "durch oder aufgrund von Gesetz", während die meist privatrechtlich organisierten Sportverbände ihre Maßnahmen auf statutarische Normen stützen. Nach dem sog. "Ärztammerurteil" des Bundesverfassungsgerichts¹¹³⁾ gebietet Artikel 12 GG zwar nicht, daß die Berufsfreiheit beschränkende Regelungen ausschließlich durch den staatlichen Gesetzgeber oder durch die von ihm ermächtigte staatliche Exekutive getroffen werden müssen. Wenn solche Regelungen auch in Satzungen autonomer Körperschaften enthalten sein können, so muß die Grenze dort gezogen werden, wo das Recht auf freie Berufswahl tangiert wird. Die Körperschaft überschreite nämlich insoweit den Kreis ihrer eigenen Angelegenheiten. Indem Artikel 12 GG die Regelungsbefugnis in die Form des Gesetzesvorbehalts kleidet, überträgt er in erster Linie dem Gesetzgeber die Entscheidung darüber, welche Gemeinschaftsinteressen aufgrund ihrer Gewichtigkeit das Freiheitsrecht des einzelnen zurückdrängen. "Dieser Entscheidungspflicht kann sich der demokratische Gesetzgeber nicht beliebig entziehen."¹¹⁴⁾ Wenn aber bereits einer öffentlichrechtlichen Körperschaft keine Regelungsbefugnis hinsichtlich der Berufswahl zusteht, so kann ein privatrechtlich organisierter Verband erst recht nicht in diesen grundrechtlich geschützten Bereich eindringen. Ein autonomer Verband kann daher durch Satzung die Berufsausübung reglementieren, Maßnahmen über die Berufsaufnahme und -aufgabe müssen jedoch dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben.

Wegen dieses formellen Verstoßes und aus der Monopolstellung des DFB heraus¹¹⁵⁾ halten Schmidt¹¹⁶⁾ und

113) NJW 1972, S. 1504;

114) BVerfG NJW 1972, S. 1506;

115) letztlich besitzt jeder Verband eine Monopolstellung

116) Schmidt, Der vertraglich geregelte Fußballsport, RdA 1972, S. 84, 93;

Börner ¹¹⁷⁾ die Rechtsbeziehung zwischen dem Verband und dem Spieler bereits für unwirksam mit der Folge, daß es dem Verband für Maßnahmen gegen die Lizenzspieler an der erforderlichen Zuständigkeit fehle; es komme daher gar nicht mehr darauf an, ob der Lizenzentzug im konkreten Fall gerechtfertigt sei und ausgesprochen werden dürfe.

Um den Sportverbänden und speziell dem DFB im Interesse ideeller Tendenzen des Sports zukünftig bei schwersten Verstößen den Ausschluß "schwarzer Schafe" zu ermöglichen, müssen Parallelen zu öffentlich-rechtlichen berufsständischen Vereinigungen der Ärzte, Handwerker, Apotheker oder Rechtsanwälte gezogen werden. Zur Lösung des Problems böten sich folgende Möglichkeiten an:

1. Durch ein Bundesgesetz über den Lizenzfußball wandelt man den DFB in eine Kammer der Rechtsform einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft um. Dann werden durch Satzung den Organen alle Zuständigkeiten übertragen, die ihnen schon nach bisherigem Recht oblagen. Weiterhin müßte das Bundesgesetz den DFB ermächtigen, bei Verstößen schwerster Art, die hinreichend zu bestimmen sind, Spielsperren sowie Lizenzentzug auf Dauer auszusprechen, die vor ordentlichen Gerichten überprüft werden könnten.
2. Nach Umwandlung des DFB in eine Körperschaft des öffentlichen Rechts werden sog. Berufsgerichte eingeführt, wie sie beispielsweise für Rechtsanwälte bei den Oberlandesgerichten unterhalten werden. Dort könnte dann der DFB ein Berufsverbot beantragen, wenn ein Spieler in so schwerer Weise gegen das Standesrecht verstoßen hat, daß im Interesse eines geordneten Sportbetriebes und des Ansehens des Berufssports eine solche Maßnahme erforderlich er-

117) Börner, a.a.O., S. 92;

scheint. Gegen diese Entscheidung stehen dem Betroffenen dann ausreichende Rechtsmittel zur Verfügung. 118)

Gegen eine solchermaßen neugeordnete Rechtsstellung des DFB wurde insbesondere eingewandt, daß die Unabhängigkeit des Sports dadurch gefährdet würde. Dem ist aber entgegenzuhalten, daß den Sportdachverbänden bereits im gegenwärtigen Zeitpunkt mit der Zuteilung von Mitteln der öffentlichen Hand regelmäßig eine Aufgabe obliegt, die in enger Verbindung zum öffentlichen Recht steht. Außerdem trägt der DFB mit seiner Organisation zur Gesunderhaltung und Freizeitgestaltung der Bevölkerung bei, was letztlich im staatspolitischen Interesse liegt. Schließlich kann das Schlagwort von der "Freiheit des Sports" dort keine absolute Geltung beanspruchen, wo sich der reine Sport eben zur Arbeit und schließlich zum Beruf hin entwickelt hat. Wenn mit einer Tätigkeit Geld verdient wird, so dürfen Maßnahmen über die Beendigung dieser Verdienstmöglichkeit nicht allein auf privatautonome Bestimmungen gestützt werden, da bereits die berufliche Sphäre berührt wird. Im übrigen würde den Verbänden noch genügend Raum gelassen, die Berufsausübung weitgehend ohne staatliche Aufsicht zu reglementieren und damit ihre echten eigenen Angelegenheiten selbständig zu leiten.

118) siehe zu diesen Möglichkeiten auch Quanz, Sport im Verein, S. 38; im Ansatz ist diese Lösungsmöglichkeit durch Transformation ins öffentliche Recht auch im Urteil des Arbeitsgerichts Gelsenkirchen, Az 2 Ca 1019/76 - Fischer u.a. gegen Schalke 04 und DFB -, angedeutet;

VI. Effektiver Rechtsschutz durch Ausschöpfung der gesamten Rechtsordnung seitens der Arbeitsgerichte

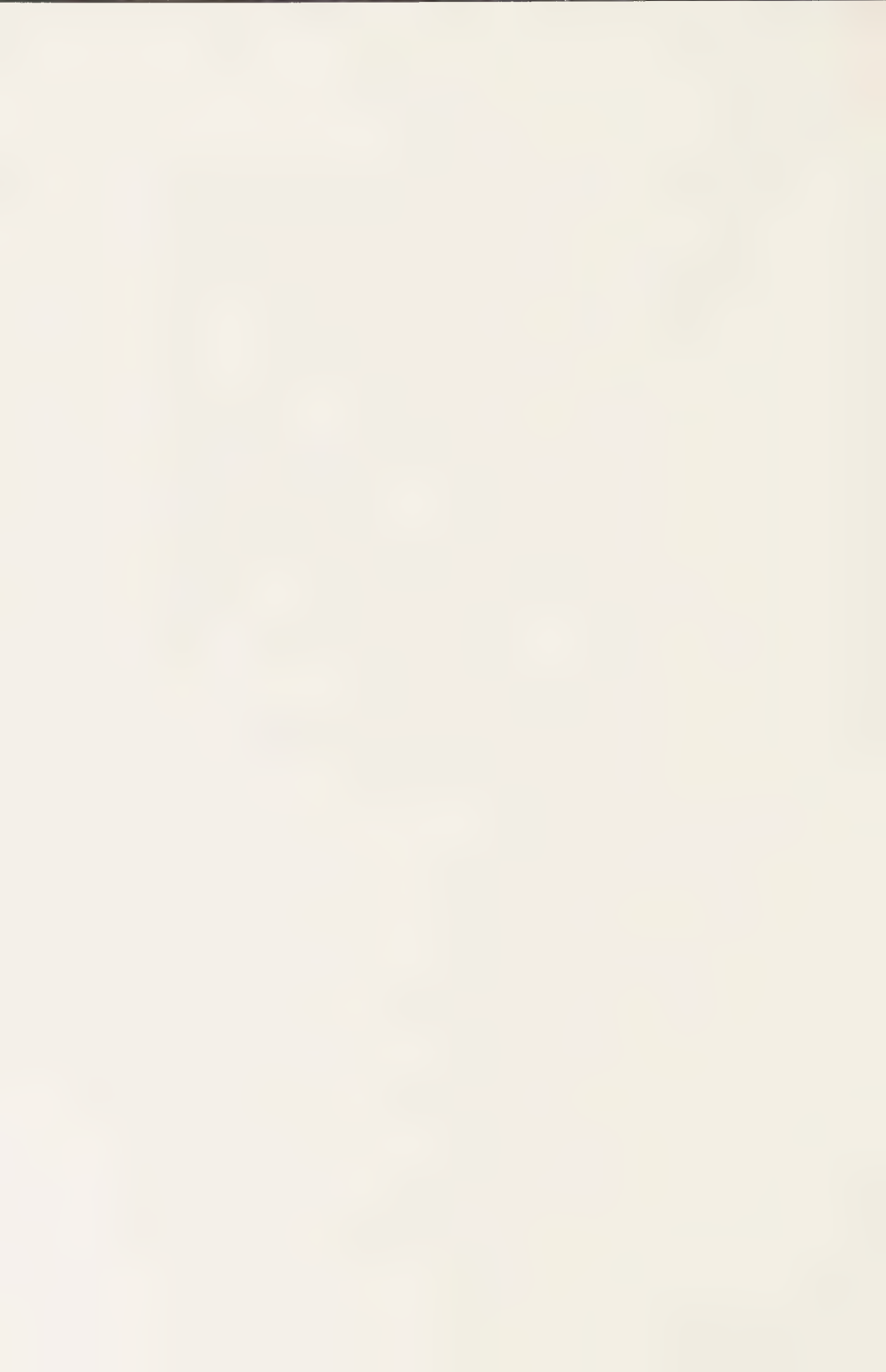
Bleibt den Berufssportlern eine Beeinflussung ihrer Rechte durch Tarifverträge versagt und steht Klagen vor den ordentlichen Gerichten derzeit noch die Schiedsabrede entgegen, so bringt der "Umweg" einer Klage vor den Arbeitsgerichten gegen den Arbeitgeber dennoch einen effektiven Rechtsschutz. Das Arbeitsgericht prüft nämlich alle Bestimmungen, die das Arbeitsverhältnis beeinflussen, auf ihre Vereinbarkeit mit der Rechtsordnung, insbesondere den Grundrechten. Am Arbeitgeber ¹¹⁹⁾ liegt es dann, den mit Satzungsbestimmungen das Arbeitsverhältnis ausgestaltenden Verband durch Streitverkündung nach § 72 ZPO in den Prozeß vor dem Arbeitsgericht einzubeziehen. Versäumt das Arbeitsgericht, den Inhalt des Arbeitsvertrages an den Grundrechten zu messen oder verkennt es die Bedeutung der verfassungsrechtlichen Grundprinzipien, so eröffnet dies für den Berufssportler die Verfassungsbeschwerde nach Artikel 19 Abs. 4, 93 Abs. 1 Ziff. 4 a des Grundgesetzes. Der Prozeß gegen den Arbeitgeber dient also mittelbar dazu, die Statuten und Spielordnungen der übergeordneten Verbände auf ihre Wirksamkeit zu überprüfen. Aus diesem Grunde sind vor allem die Handball- und Eishockeyspieler darauf angewiesen, endlich als Arbeitnehmer anerkannt zu werden, um durch eine Klage vor den Arbeitsgerichten ihre Rechte geltend machen zu können. Erst dann wird bei den Verbänden die Einsicht einkehren, daß bei Aufstellung ihrer Normen ein Mindestmaß arbeits- und verfassungsrechtlicher Grundregeln beachtet werden muß.

119) regelmäßig ist dies ein Verein;

G) Schlußbemerkung

In unserem technisierten, perfektionierten und verplanten Zeitalter hat sich der Sport einen Bereich erobert, der für den einzelnen leicht überschaubar ist, da die Leistung konkret gemessen werden kann und ein Erfolgserlebnis vermittelt. Die anerkannte Leistung, die Glorifizierung der herausragenden Sportler verbunden mit dem finanziellen und sozialen Aufstieg haben dem Sport im allgemeinen und speziell dem Hochleistungssport zu gesellschaftspolitischem Ansehen verholfen. Das permanente Streben nach Höchstleistungen erfordert allerdings einen Aufwand an Zeit, Kraft, Geld, Können und Fleiß, der den Leistungssportler dort auf eine Ebene mit dem üblichen Arbeitnehmer stellt, wo die sportliche Leistung in abhängiger Stellung erbracht wird. Diese Wandlung des Sports von der "schönsten Nebensache der Welt" zur Grundlage einer echten Existenz ist eine Realität, vor der Vereine, Verbandsfunktionäre, Sportveranstalter, Gerichte und vor allem die Nutznießer der sportlichen Arbeitsleistung die Augen nicht verschließen dürfen. Die Vergleichbarkeit des typischen Arbeitnehmers mit dem abhängigen Hochleistungs- und Berufssportler erfordert grundsätzlich die Anwendung arbeitsrechtlicher Normen; sie darf aber nicht dazu führen, den Spitzensport vorbehaltlos und undifferenziert dem allgemeinen Arbeitsrecht zu unterwerfen. Damit würde man nämlich nicht der Tatsache gerecht, daß Sport in abhängiger Stellung eine spezielle Form der Arbeitsleistung darstellt. Das Arbeitsrecht hat daher vereinzelt die Besonderheiten des Sports zu respektieren und kann seine Wirkung nur dort auf den Sport übertragen, wo dies aufgrund der Besonderheiten möglich ist. Das Ziel von Rechtsprechung, Literatur und Gesetzgebung kann daher nicht sein, den abhängigen Hoch-

leistungssport in das Arbeitsrecht hineinzudrängen, sondern die Wirkung und Anwendbarkeit jener Normen über das allgemeine Arbeitsrecht hinaus auch auf den abhängigen Sport auszudehnen, soweit dies aufgrund der Eigenart der Sportarbeitsleistung praktisch realisierbar ist.



L e b e n s l a u f

Ich wurde am 7. Oktober 1948 als Sohn des Dipl. Kfm. Franz Poschenrieder und seiner Ehefrau Lore in Göggingen bei Augsburg geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger.

In Herrsching a/A besuchte ich 4 Klassen der dortigen Volksschule. Mit dem Übertritt an das Städt. Adolf-Weber-Wirtschaftsgymnasium verzog ich mit meinen Eltern im Jahre 1959 nach München. An diesem Gymnasium legte ich 1968 die Reifeprüfung ab und bestand im Rahmen einer Zusatzprüfung das kleine Latinum.

Dem Studium der Rechtswissenschaften ging ich an der Freien Universität Berlin und an der Ludwig-Maximilians-Universität in München nach, wo ich im Frühjahr 1973 das 1. juristische Staatsexamen bestand. Nach meiner Vorbereitungszeit als Rechtsreferendar für den höheren Justiz- und Verwaltungsdienst legte ich im September 1975 den schriftlichen und im März 1976 den mündlichen Teil der 2. juristischen Staatsprüfung ab.

Seit dem 1. September 1976 stehe ich im Dienst der Bayerischen Finanzverwaltung.



